

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

**Análisis dogmático y normativo de la potestad sancionadora y el principio de proporcionalidad en la Función Judicial**

Soraya Viviana Beltrán Fuentes

**Quito, 2014**



Yo, Soraya Viviana Beltrán Fuentes autora de la tesis intitulada “**Aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones disciplinarias de destitución en la Función Judicial, en el cantón Quito, en el período 2011-2012**” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, *Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador* durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 06 de marzo de 2015

Firma: .....

Universidad Andina Simón Bolívar  
Sede Ecuador

Maestría en Derecho  
Mención en Derecho Administrativo

“Análisis dogmático y normativo de la potestad sancionadora y el principio de proporcionalidad en la Función Judicial”

Autora: Soraya Viviana Beltrán Fuentes  
Tutora: Dra. Elisa Lanas

Quito -2014

## **Resumen**

Con la entrada en vigencia de la Constitución del 2008 en lo concerniente a la organización de la administración de justicia. se dio un giro radical, pues se impuso el nacimiento de una nueva Función Judicial acorde a la nueva concepción del Estado. Este cambio radical daría lugar para que el legislativo dicte una ley que establece los principios, sienta las bases de la organización de los diferentes organismos que integran la Función Judicial, concebida como una unidad, y determina las normas a las cuales han de someter su actuación quienes intervienen en el proceso judicial.

El ejercicio de la potestad sancionadora reconocida constitucionalmente y el reconocimiento del poder para el establecimiento de sanciones a determinadas conductas consideradas como lesivas al ordenamiento jurídico, son unos de los asuntos que también se desarrollan en el Código Orgánico de la Función Judicial. Y es a partir del análisis de esas normas, de la doctrina y la jurisprudencia que pretendo determinar con mi estudio los rasgos esenciales que definen el ejercicio de la potestad sancionatoria disciplinaria del órgano de control de la Función Judicial y establecer si el procedimiento administrativo sancionador previsto en el Código Orgánico funciona en estricta observancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución de la República, particularmente en lo concerniente al principio de proporcionalidad, en cuanto se trata de un principio que permite evitar los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad discrecional atribuida al órgano de control y garantizar que exista una debida proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la sanción impuesta.

En otras palabras, el objetivo de esta tesis es realizar un análisis dogmático y normativo del ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria del órgano de control de la Función Judicial y su sujeción al principio de proporcionalidad. Para tal efecto, he realizado una tarea de recopilación y análisis de algunos textos doctrinarios en materia administrativa, entre los que juegan un rol preponderante las elaboraciones de Carlos Bernal Pulido, Juan Carlos Casaggne, Javier Vidal Perdomo, los mismos que por su precisión técnica, me han proporcionado una clara orientación para mi estudio.

Deseo dedicar el contenido de este trabajo  
A Dios por ser el hacedor y conductor de mi vida;  
A mi hija, por su comprensión, su paciencia y su cariño,  
sin el cual nada de lo que hago tendría valor;  
A mis padres y hermanos por el apoyo  
y la confianza que siempre me han brindado.

## Tabla de contenido

INTRODUCCION.....	8
CAPITULO PRIMERO.....	10
EL DERECHO DISCIPLINARIO Y EL EJERCICIO DE POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO .....	10
1.1 Una cuestión previa: las relaciones entre el derecho disciplinario y el derecho penal.- .....	10
1.2 Fundamentación jurídica de la potestad sancionadora del Estado.- .....	13
1.3 La prevalencia del interés general por sobre el particular en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.- .....	17
1.4 Sobre los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora y disciplinaria del Estado.- .	20
1.5 Activación del régimen disciplinario en el ámbito del derecho administrativo sancionador.- .....	24
1.6 Garantías constitucionales y derechos fundamentales de los servidores públicos dentro del régimen disciplinario.- .....	26
1.7 El Procedimiento Administrativo Sancionador.- .....	27
CAPITULO SEGUNDO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE DE LA FACULTAD ISCIPLINARIA.....	30
2.1 El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador.- .....	29
2.2 Los sub principios de la proporcionalidad.- .....	33
2.3 El principio de proporcionalidad en la legislación ecuatoriana.-.....	40
2.4 El principio de proporcionalidad como límite del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y disciplinaria.-.....	44
2.5 El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador.- .....	46
2.6 El principio de proporcionalidad en el Procedimiento Administrativo Sancionador.-.....	54
CAPITULO TERCERO ANALISIS DEL REGIMEN ESPECIAL EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO PARA LA FUNCION JUDICIAL.....	57
3.1 Organización de la administración de justicia en el Ecuador conforme a la Constitución del 2008.-	57
3.2 El régimen disciplinario aplicable a los servidores judiciales.-.....	60
3.3 El principio de proporcionalidad y su importancia en la determinación de las sanciones administrativas a ser impuestas a los servidores judiciales.- .....	64
3.4 El régimen de sanciones disciplinarias para los servidores judiciales según el Código Orgánico de la Función Judicial.- .....	66
3.4.1 Amonestación por escrito o sanción pecuniaria.- .....	68
3.4.2 Sanción Pecuniaria.- .....	70
3.4.3 Suspensión del cargo.- .....	70
3.4.4 Destitución.- .....	73
3.5 El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo disciplinario como antesala a la imposición de una sanción.- .....	76

<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>80</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>82</b>

## INTRODUCCION

Con la llegada del Estado Constitucional de Derechos y la formulación del principio de separación de poderes repercutieron sensiblemente sobre las potestades sancionadoras de la administración. La estricta interpretación de aquel principio exigía la jurisdiccionalización de la potestad represiva. En consecuencia, la potestad sancionadora en manos de la administración devino excepcional. Las facultades represivas de la administración quedaron reducidas prácticamente a la potestad disciplinaria sobre su personal.

Sin embargo, desde el mismo momento en el que la potestad represiva es acaparada en su mayor parte por la jurisdicción penal no han faltado esfuerzos doctrinales tendientes a exponer las diferencias entre ilícitos penales e ilícitos administrativos para en su caso, justificar la devolución de la sanción de los últimos a la administración. Otro tanto ocurre en el ámbito disciplinario, pues, pese a que la administración habría conservado aquí su poder sancionador, esta realidad chocaba con el principio de separación de poderes.

La doctrina dedicada al estudio del derecho disciplinario sostiene que el mismo es un instrumento que sirve a la Administración para la satisfacción de los intereses del Estado, sin embargo este objetivo no puede ser alcanzado al margen de las garantías que deben rodear el ejercicio de la potestad sancionadora. La doctrina dedicada al estudio del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado destaca la importancia del principio de proporcionalidad en cuanto evita una desmedida utilización de las sanciones, pues limita su uso a lo imprescindible, es decir, a que se establezcan e impongan, únicamente para proteger bienes jurídicos valiosos.

En el ejercicio de la potestad sancionadora el empleo del principio de proporcionalidad supone que tanto la configuración legislativa, como su aplicación por parte de la autoridad administrativa se acomoden a la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico; que observen una equitativa relación entre la punición y la gravedad del hecho; y se trate de medidas estrictamente necesarias en relación con la perturbación social suscitada por la infracción.

Así, vale decir que la observancia del principio de proporcionalidad es vital en el ámbito sancionador al tratarse de un criterio que ayuda a la autoridad administrativa

sancionadora a la selección del castigo, a fin de que el mismo guarde relación con los hechos. En este sentido, su particularidad es constituir el límite a la facultad administrativa sancionadora en la determinación de las sanciones.

En el caso de los servidores judiciales, el Código Orgánico de la Función Judicial ha instituido un régimen disciplinario unitario que establece con mucha claridad cuáles son las conductas que merecen amonestación por escrito o sanción pecuniaria, cuáles son susceptibles de suspensión, y cuáles deben ser castigadas con destitución; determina las circunstancias constitutivas de la infracción y establece quiénes están legitimados para denunciar una conducta indebida.

Del mismo modo, con reglas claras determina cual es el alcance del ejercicio de la potestad sancionadora del órgano de control y los principios a los cuales se encuentra sometido el ejercicio de dicha potestad, con el fin de evitar que el ente administrativo ejerza su potestad con discrecionalidad.

En virtud de lo dicho, he creído necesario iniciar mi tesis dedicando el primer capítulo de la misma al estudio de los antecedentes y de la fundamentación jurídica de la potestad administrativa sancionadora del Estado, ya que antes de analizar el ejercicio de dicha potestad en el sistema judicial ecuatoriano, es imperioso conocer cuál es el origen de la misma; así como también establecer con mucha precisión cuales son las reglas y principios que la rigen, y que coadyuvan a que el interés general prevalezca por sobre el particular, el momento en que el ente administrativo adopta una decisión en ejercicio de su poder para sancionar.

Bajo esa premisa, en el segundo capítulo a partir del estudio del principio de proporcionalidad y de sus sub principios, procuro determinar su importancia dentro el derecho administrativo sancionador y como límite del ejercicio de la potestad disciplinaria del órgano administrativo sancionador.

Finalmente, en el Tercer Capítulo, concentró mi estudio en el análisis del régimen disciplinario especial previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial, y la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad disciplinaria del órgano de control y en la determinación de las sanciones.

**CAPITULO PRIMERO**  
**EL DERECHO DISCIPLINARIO Y EL EJERCICIO DE POTESTAD**  
**SANCIONADORA DEL ESTADO**

**1.1 Una cuestión previa: las relaciones entre el derecho disciplinario y el derecho penal.-**

La cuestión de la relación entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, surgida en sus orígenes con la finalidad de determinar la naturaleza penal o administrativa del segundo, se ha mantenido hasta la fecha, si bien, animada por un motivo distinto; examinar la posibilidad de aplicar los principios rectores del primero al segundo. A este respecto se han desarrollado teorías que aprecian la identidad de ambos ordenamientos, que admiten meras diferencias cuantitativas, así como también otras basadas en diferencias cualitativas, siendo estas últimas las más comunes<sup>1</sup>.

**Diferencia cuantitativa.-** La teorías que sostiene la diferencia cuantitativa, se apoyan en la mayor gravedad de los ilícitos y sanciones penales frente a las infracciones administrativas y sanciones disciplinarias. Salvada cualquier diferencia cualitativa, la primera diversidad cuantitativa obviaría el problema de la doble sanción penal y disciplinaria, pues esta última responsabilidad quedaría subsumida en la primera. En virtud de los principios de subsidiaridad y fragmentariedad y que rigen la intervención penal, los ilícitos penales han de castigar los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes.

Otro tanto puede decirse de las penas privativas de libertad, que no encuentran parangón con las sanciones privativas de derechos típicas del Derecho disciplinario. Sin embargo, también es, cierto que las diferencias cuantitativas no son las únicas que median entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario ni pueden sostenerse en término generales. La normativa disculparía proporciona algunos ejemplos de lo que se dijo. Así, por un lado, la previsión de la compatibilidad de la responsabilidad penal con la responsabilidad disciplinaria, por otro lado, el carácter definitivo e irreversible de la sanción de separación del servicio, notas que no concurren en ninguna de las sanciones

---

<sup>1</sup> Andrés Carretero Pérez, “Derecho Administrativo Sancionador”, (Segunda Edición, Madrid, Edersa, 1995),pág. 94.

penales. Por último, en ocasiones, una misma conducta puede ser constitutiva de delito y de infracción disciplinaria<sup>2</sup>.

**Diferencia cualitativa.-** Cuando se han querido poner de manifiesto las diferencias sustanciales que separan al Derecho disciplinario del Derecho penal, no han faltado argumentos. A tal efecto, se ha acudido al significado ético del Derecho disciplinario, estableciendo una serie de relaciones entre este y la ética o la moral, para extraer determinadas consecuencias sobre el significado de la potestad disciplinaria. Mediante el recurso al significado ético del Derecho disciplinario se resaltó, frente al carácter represivo de las penas disciplinarias, más enfocadas a la corrección que a la coacción<sup>3</sup>.

Otras veces, la diferencia entre penas y sanciones disciplinarias se hace derivar de la ausencia de fines preventivos en las últimas, que lejos de pretender la restauración del orden social quebrantado por el ilícito, persiguen salvaguardar el honor corporativo, circunstancia que permite calificar a dichas sanciones por la prevalencia de fines morales sobre los fines morales sobre los fines de ejemplaridad.<sup>4</sup> Los riesgos de las teorías expuestas son evidentes, pues acuden a criterios extrajurídicos para diferenciar las sanciones disciplinarias de las penas, cayendo en el error de contraponer el Derecho y la moral.

De este modo, con independencia de que el Derecho positivo incorpore o no un sistema de valores preexistente a él, se olvida que el carácter penal o disciplinario de un ilícito no responde a criterios morales, sino a una decisión del legislador. Sin embargo, el significado ético del Derecho disciplinario no se agota en lo expuesto, La referencia a la ética sirve también para describir los objetivos perseguidos por dicho ordenamiento, el buen funcionamiento del servicio y la preservación del honor y dignidad corporativos. En consecuencia, a diferencia del Derecho penal, se estima que el que el Derecho disciplinario no presta tanta atención a la perturbación del orden social ocasionado por la conducta, como a la dejadez e indignidad del funcionario que aquella evidencia.<sup>5</sup>

También el Tribunal Supremo Español en su abundante jurisprudencia destacó el carácter predominante ético del Derecho disciplinario, en cuanto su objetivo primordial es

---

2 José Cerezo Mir, "Curso de Derecho penal español", (Tercera Edición, Madrid, 1988), pág. 30.

3 Josefa Fernández Nieto, El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, una visión desde el sistema europeo, (Madrid, Dykinson, 2009), pág. 74

4 Ibídem, pág. 75

5 Ibídem, pág. 78 y 79.

la salvaguarda del prestigio y dignidad corporativa y la garantía de la normal actuación de los funcionarios en la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les está encomendado, y que su actividad como tal se desarrolle en el marco que le fija la ley. Recalcó, que en el “*Derecho sancionador disciplinario predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario, sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que su actuación haya podido causar*”<sup>6</sup>, este último habitualmente reservado a la jurisdicción penal.

Para Belén Marina Jalvo, “*no es posible sostener que el Derecho disciplinario tenga un significado predominante ético, en virtud del cual el fin primordial de salvaguarda del prestigio y de la dignidad corporativa haga pasar a un segundo plano el fin de restablecimiento del orden quebrantado, así como la consideración del daño o peligro experimentado por los bienes jurídicos protegidos*”<sup>7</sup>. Sostiene, que las sanciones disciplinarias, como las penas, en mayor o menor medida persiguen fines de prevención y de represión. Del mismo modo, afirma que por exigencia del principio de proporcionalidad, el daño sufrido por los bienes jurídicos protegidos por el Derecho disciplinario es un elemento fundamental para la determinación de la gravedad de la infracción y de la sanción correspondiente<sup>8</sup>.

Respecto de las diferencias, la doctrina española además se ha referido a la estructura misma de los ilícitos. Por un lado, se ha señalado que los delitos son infracciones jurídicas mientras que las infracciones disciplinarias son meras infracciones legales, en otras palabras, el Derecho penal atiende a la tutela de derechos subjetivos, cosa que no ocurre en las infracciones disciplinarias sancionables únicamente por estar prohibidas por una norma. Pero, entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario no solo hay diferencias, a decir de la doctrina española las sanciones disciplinarias persiguen al igual que las penas fines de intimidación, prevención, represión y corrección.

Ambos persiguen un mismo objetivo, y cuentan con los mismos medios, es decir garantizar mediante la represión, el orden en una determinada sociedad<sup>9</sup>. Bajo estos presupuestos, la corriente doctrinal española asegura que en el ámbito derecho sancionador

---

6 Belén Marina Jalvo, “El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos”, Colección de Derecho Público, Tercera Edición, Lex Nova, 2006, pág. 93

7 *Ibíd.*, pág. 94 y 95

8 *Ibíd.*, pág. 96

9 Belén Marina Jalvo, “El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos”, Colección de Derecho Público, Tercera Edición, Lex Nova, 2006, pág. 96

y disciplinario sancionador, la potestad sancionadora de la administración es la responsable de asegurar la estricta observancia de los deberes impuestos a los administrados, sean estos servidores públicos o particulares.

Teniendo en cuenta lo señalado, a continuación pasó a examinar la fundamentación jurídica de la potestad sancionadora del Estado propiamente dicha.

## **1.2 Fundamentación jurídica de la potestad sancionadora del Estado.-**

A decir de la doctrina, la potestad sancionadora de la administración se remonta al siglo XVIII como parte esencial de la actividad de policía administrativa, en cuya virtud el Estado tenía la facultad de regular el ejercicio de las libertades individuales con el fin de garantizar el orden público<sup>10</sup>. Un paseo por épocas primeras, nos enseña como en el Estado absoluto, todos los poderes se encontraban concentrados en la figura del monarca, y fuera de él ningún otro poder era apreciable.

Los inconvenientes que esta concentración de poderes trajo consigo, condujeron posteriormente a la delimitación de cada uno de estos poderes y su atribución a determinados órganos. A partir de aquel entonces, dentro del ordenamiento jurídico se comenzó a hacer distinciones entre las infracciones sancionadas por los tribunales y las sancionables por la Administración<sup>11</sup>. Sin embargo, independientemente de que en los órganos judiciales quedó centralizada la facultad sancionadora del Estado, los hechos que acaecieron sucesivamente, impidieron el mantenimiento de esta atribución de manera exclusiva en ellos.

La Administración Pública, ente al cual correspondía desde entonces como función principal, la satisfacción de las necesidades de índole general, fue sumando dentro de sí, cada vez más un mayor número de funciones que exigían que cuente de nuevas facultades que le permitan cumplir con sus fines. Dentro de esas nuevas facultades, la facultad de sancionar ante determinados incumplimientos permitiría el logro efectivo de sus fines. Fue esta la razón primera por la que fueron depositándose en ella poderes sancionadores, lo que

---

10 Mauricio Oliveros, "Tesis doctoral", (Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010), pág. 10.

11 Kenia M. Espinosa Velázquez y Egil Emilio Ramírez Bejerano, "Fundamentos Históricos y Filosóficos de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública", (Revista UEMED.NET, Madrid, 2009), pág. 6

unido a otros motivos posibilitaron el continuar confiándole facultades de tal naturaleza, conduciendo así a su paulatina expansión<sup>12</sup>.

Por otra parte, la insuficiencia del sistema penal para dar respuesta a todas las conductas merecedoras de castigo, permitió a las autoridades administrativas conservar importantes funciones sancionadoras, entre ellas la represión de las acciones menos perjudiciales para el bienestar general; lo que unido a la proliferación de corrientes despenalizadoras fundadas en la existencia del Derecho Penal Mínimo, favorecieron a la consolidación de un proceso que se venía gestando con anterioridad. Es así como la Administración Pública fue premiándose, al igual que los tribunales, de su poder sancionador<sup>13</sup>

Para los conocedores de la materia administrativa, no resulta nada nuevo el escuchar hablar del poder de Policía. Varios han sido los autores que han tratado de dejar esclarecido su conceptualización pronunciándose sobre el reiteradamente, pues como sucede con otras tantas instituciones jurídicas, esta no ha estado exenta de análisis. Un recorrido por algunas de las definiciones que le han sido dadas, evidencia el perfeccionamiento que esta institución ha experimentado con el transcurso del tiempo.

Así, por ejemplo Platón concebía a la Policía como *“la vida el reglamento y la ley por excelencia que mantiene la ciudad”*. Siguiendo esta misma tónica, Aristóteles la consideraba como *“el buen orden, el gobierno de la ciudad, el sostén de la vida del pueblo, el primero y más grande de los bienes; en tanto que para Sócrates, es “el alma de la ciudad, siendo la que piensa en todo, la que regula todas las cosas, la que hace o procura todos los bienes necesarios a los ciudadanos, y la que aleja de la sociedad a todos los males y todas las calamidades que son de temer”*<sup>14</sup>.

Considerado como fue el poder de Policía, según Ranelletti quedaron comprendidas en él, tanto las funciones legislativas y judiciales, aparte de las gubernamentales y administrativas de todo orden. No obstante, en cuanto a su contenido, la define de un modo más específico como: *“aquella manera de actividad pública en el campo de la administración interna que se realiza limitando o regulando la actividad de los*

---

12 *Ibíd*em, págs. 9 y 10.

13 José. Ramón Parada Vásquez, “El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal”, (Revista Administración Pública, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003), pág. 73

14 José. Ramón Parada Vásquez, “El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal”, (Revista Administración Pública, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003), pág. 74

*particulares y eventualmente, si fuese necesario, por medio de la coacción, a fin de garantizar el todo social y sus partes contra daños que puedan provenir de la actividad humana*<sup>15</sup>.

Si revisamos las anteriores definiciones podemos evidenciar que aun cuando estuvieron enmarcadas en contextos históricos diferentes, en ellas se aprecia un enfoque atinente al orden público; por lo que es evidente que durante un largo período de tiempo fue identificada equívocamente la administración con la policía; hablándose entonces tanto de potestad como de sanciones de policía. Aun cuando, en ninguna de las citadas acepciones se hablaba de lograr el mantenimiento del orden social, no podemos excluir de ellas a la represión, en tanto constituye un complemento natural del poder de policía que cobra vigor ante la producción de determinadas infracciones.

De esta manera la represión, la restricción y la coacción, devienen en medios en los que se apoyaría el poder de Policía para lograr sus objetivos de bienestar y seguridad para con la sociedad, es por ello que se llevó a concebir a la potestad sancionadora de la Administración Pública como una derivación de este poder<sup>16</sup>. Para Real, esta fue una de las primeras razones por las que fueron depositándose en la Administración “*poderes sancionadores separados y diferenciados de los que comúnmente se encontraban bajo la custodia de los órganos judiciales, lo que unido a otros motivos, posibilitaron el continuar confiándole facultades de tal naturaleza, conduciendo así a su paulatina expansión y con ella, la gestación de un Derecho Administrativo Sancionador*”<sup>17</sup>.

Sin embargo, a pesar de no poder establecerse con exactitud el momento justo en que se inicia el poder sancionador de la Administración Pública, la noticia de los primeros indicios de su origen nos sitúa aproximadamente en los siglos, XVII y XVIII, pero no por ello se puede negar la posibilidad de que con anterioridad a esas fechas ya se hayan apreciado muestras de la misma. Es así, que no es sino hasta los siglos XIX y XX que se reconoce la existencia de una potestad sancionadora de la Administración Pública propiamente dicha y junto a ella la de un Derecho Administrativo Sancionador, que al igual

---

15 Oreste Ranelli, “Derecho Administrativo”, citado por Silvio Lessona, “Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali”, (Primera Edición Reformada, Florencia, 1960/1984), pág. 177 y 78.

16 Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, (Madrid, Civitas, 1979), pág. 123

17 Alberto Ramón Real, “Algunas perspectivas humanistas y democráticas del derecho administrativo contemporáneo” (Revista de Derecho Público, No. 2, Buenos Aires, 1983), pág. 27.

que la anterior ha experimentado variaciones hasta llegar a ser lo que es hoy<sup>18</sup>, esto es, la facultad del órgano de la administración pública para imponer una sanción correctiva y/o disciplinaria con el objeto de reprimir las acciones u omisiones antijurídicas<sup>19</sup>, se constituye un complemento de la potestad de mando, que permite asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas.

Su propósito es proteger el interés general o los derechos de los ciudadanos, no de una forma directa sino indirecta. Procura que los ciudadanos no realicen aquellas conductas que puedan provocar lesión a los derechos de los demás o lesión a los intereses colectivos<sup>20</sup>. De ahí que, la imposición de una sanción según el derecho administrativo sancionador requiere que se haya provocado un resultado lesivo concreto, no obstante podría ser suficiente el incumplimiento de una norma para que la administración pública adopte medidas que permitan proteger determinados bienes o derechos.

Según la doctrina actual, el ejercicio de la potestad sancionadora se encuentra ligada a varios principios, entre ellos el principio de legalidad, ya que sólo cuando la ley realiza una descripción genérica de las conductas sancionables, de sus clases y el valor de las sanciones aplicables, pero manteniendo la posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria de la administración la descripción pormenorizada de las conductas sancionables, se puede imponer una sanción<sup>21</sup>.

En ese orden de ideas, dentro de la legislación ecuatoriana la facultad que posee la administración para sancionar a sus servidores y servidoras que transgredan el orden normativo que regula la función pública, encuentra sustento en lo previsto en el artículo 187 de la Constitución de la República, el mismo que establece que: *“Las servidoras y servidores judiciales tienen derecho a permanecer en el desempeño de sus cargos mientras no exista una causa legal para separarlos (...)”*.

En correspondencia con esta disposición constitucional, en el caso de la Función Judicial, el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 104 dispone que: *“Las servidoras y los servidores de la Función Judicial serán sancionados por las infracciones*

---

18 Alberto Ramón Real, “Algunas perspectivas humanistas y democráticas del derecho administrativo contemporáneo,” (Revista de Derecho Público, No. 2 Buenos Aires, 1983), pág. 27.

19 Alberto Ramón Real, “Algunas perspectivas humanistas y democráticas del derecho administrativo contemporáneo,” (Revista de Derecho Público, No. 2 Buenos Aires, 1983), pág. 11.

20 Carlos Ígomez Pavajeau, “Dogmática del Derecho Disciplinario”, (3ra Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá) pág.151 a 160.

21 María Lourdes Ramírez Torrado, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano”, (Bogotá, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010), pág. 169.

*disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este Capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubieren lugar. En cualquier tiempo, de presumirse motivadamente la existencia de un delito de acción pública, se remitirán los antecedentes al Fiscal General del Estado, a los fiscales distritales o agentes fiscales, según corresponda”.*

Como podemos darnos cuenta, en nuestro caso si bien la consagración de la potestad sancionadora del Estado se encuentra establecida en la norma constitucional, será la ley, la que determina en forma precisa y completa todas y cada una de las condiciones para el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, así también, será la que cree un supuesto legal concreto y una potestad aplicable al mismo; y la que defina en todos sus términos y consecuencias. Las conductas de los servidores que deben merecer una sanción. O sea, que es la ley, el cuerpo normativo a través del cual se exige a los servidores un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, es el medio con el que cuenta la administración para obligar a sus servidores al cumplimiento de sus obligaciones y a mantener una conducta ajustada al puesto o cargo público que desempeña.

Esta facultad sin duda se funda además en el poder de supremacía de la administración, en la cual presume la existencia de *“una relación de subordinación entre el sujeto pasivo de la sanción y el órgano que la aplica”*<sup>22</sup>.

### **1.3 La prevalencia del interés general por sobre el particular en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.-**

Se ha sostenido tradicionalmente que la Administración Pública desarrolla diversas actividades para el cumplimiento de sus fines de satisfacción del interés general, siendo una de ellas la actividad de policía, que no es sino aquella que la administración despliega para garantizar el mantenimiento del orden público siendo su principal característica la limitación de los derechos de los administrados mediante el ejercicio de la coacción sobre los mismos<sup>23</sup>. Es en ejercicio de la actividad de policía que la Administración controla las

---

22 José Roberto Dromi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, Astrea, 1978), pág. 288 a 291.

23 Fernando Garrido Falla, *“Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas”*, (Revista de Administración Pública, 1998), pág.12.

actividades de los particulares para que su libre desarrollo se acomode al bien público; para tal efecto ejerce limitaciones, impone conductas y ajusta aquéllas a las exigencias del interés general<sup>24</sup>, y al mismo tiempo garantiza a la comunidad que sus individuos ejerzan sus derechos de propiedad y libertad sin dañar o afectar los derechos o intereses del resto de la colectividad.

Sin embargo, la actividad de policía no es la única potestad que le permite a la Administración alcanzar el cumplimiento de sus fines y al mismo tiempo garantizar el respeto al ordenamiento jurídico, pues también la potestad administrativa sancionadora le permite a la Administración imponer tanto a los particulares como a sus servidores sanciones administrativas, en el caso de que hayan cometido alguna falta que afecta el interés general y que por tanto debe ser castigada.

De manera reiterada se ha sostenido que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, es la capacidad que tiene el Estado para sancionar, castigar o reprimir el incumplimiento de los deberes de todo individuo en base a las normas preestablecidas en el ordenamiento jurídico y que una de sus principales formas de expresión es la potestad administrativa sancionadora, que radica en la facultad de la administración pública para imponer una sanción correctiva y/o disciplinaria con el fin de reprimir las acciones u omisiones antijurídicas de los administrados<sup>25</sup>. Es decir, que la potestad sancionadora del Estado puede ser correctiva o disciplinaria:

➤ La potestad sancionatoria del Estado será correctiva, cuando su fin es sancionar las infracciones cometidas respecto de las órdenes o los mandatos de la administración pública. Es decir, corregir las acciones u omisiones antijurídicas de los individuos sean estos agentes públicos o no.

➤ En tanto, que la potestad sancionadora será disciplinaria, cuando el objetivo principal del poder estatal es sancionar a sus propios funcionarios o a los particulares que en ejercicio de un poder estatal han incumplido sus deberes, todo esto porque es deber del Estado garantizar el cumplimiento de sus fines y el normal ejercicio de la función pública<sup>26</sup>.

El ejercicio de la facultad sancionadora permite al Estado reafirmar los conceptos de legalidad que rigen sus relaciones con los servidores públicos, además le ayuda a recuperar

---

24 Alberto Mondaca, “Significado y técnica jurídica de la policía administrativa”, (Revista de Administración Pública, 1998, pág. 54.

25 Mauricio Oliveros, “Tesis doctoral”, (Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010), pág. 12.

26 *Ibidem* pág. 14.

la confianza, la credibilidad de la sociedad en cuanto al correcto ejercicio de la función pública. Toda vez que, al conocer la sociedad de la imposición de sanciones disciplinarias, vuelve a creer en la capacidad del Estado para ejercer control disciplinario y para imponer correctivos a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas, pero que desatienden sus obligaciones<sup>27</sup>.

Cuando el Estado impone una sanción disciplinaria su principal objetivo es prevenir a la comunidad de los servidores públicos de incurrir en conductas irregulares, ya que si bien la sanción en sentido especial se entiende está dirigida al funcionario al cual se le impone la sanción, la noticia de su aplicación entre los servidores públicos provoca temor de cometer la misma falta. En ese orden de ideas, la justicia constitucional colombiana ha señalado que la acción disciplinaria constituye un mecanismo de auto-tutela estatal, porque permite al Estado controlar la conducta sus servidores públicos y evita la comisión de conductas irregulares, los obliga a cumplir a cabalidad con las funciones inherentes al cargo que desempeñan, so pena de sufrir la imposición de una sanción.

Ha sostenido además, que cuando se impone una sanción disciplinaria, lo que busca el Estado es preservar el orden normativo que rodea el correcto ejercicio de las funciones públicas por parte de sus servidores<sup>28</sup>.

En virtud de ello, se puede asegurar que la imposición de una sanción disciplinaria tiene un doble efecto, esto es, un efecto positivo y uno negativo.

➤ El efecto es positivo, toda vez que el servidor público que la sufre adquiere conciencia de que debe ejercer sus deberes funcionales en una forma adecuada, si desea evitar sufrir una nueva sanción que puede agravar su situación laboral.

➤ En cambio el efecto puede ser negativo porque dependiendo de la gravedad de la falta, la sanción puede apartar definitiva o temporalmente al servidor público del cumplimiento de su función pública, como sucede en el caso de la destitución y la suspensión temporal del cargo.

Pero, una u otra sanción en sentido negativo o positivo, no hace cosa distinta que dejar latente ante la sociedad y ante los demás servidores públicos, la sensación de que el

---

27 Mauricio Oliveros, "Tesis doctoral", (Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010), pág. 15.

28 Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia No. C- 341 de 1996.

organismo de control disciplinario siempre estará dispuesto a reprimir todas aquellas conductas que afecten el correcto ejercicio de la función administrativa<sup>29</sup>.

#### **1.4 Sobre los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora y disciplinaria del Estado.-**

Respecto del poder sancionador y disciplinario del Estado Dromi ha precisado, que *“es el medio con el que cuenta la administración para obligar al cumplimiento de los deberes específicos del servicio”*, y *“tiene por objeto el mantenimiento por parte de los agentes públicos de una conducta ajustada a los deberes que les impone la función. Tiende a mantener a funcionarios y empleados en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo”*, el cual se funda en el poder de supremacía de la administración y presume *“una relación de subordinación entre el sujeto pasivo de la sanción y el órgano que la aplica”*.

Según Santamaría Pastor<sup>30</sup>, el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora del Estado está sujeto al cumplimiento de varios principios constitucionales, unos correspondientes a la propia estructura del sistema sancionador y otros relativos a su dinámica. Como principios relativos a la propia estructura del sistema sancionador a partir del reconocimiento de la potestad sancionadora a la administración; se encuentran el principio de legalidad, el de tipicidad, de seguridad jurídica en cuanto hace referencia a la prescripción de sanciones e infracciones y la prohibición de sanciones privativas de libertad.

**El principio de legalidad.-** El principio de legalidad alcanza su máxima expresión en el ámbito sancionador ya que en éste se disponen medidas que afectan directamente a la libertad de los ciudadanos y se prevén consecuencias que afectan a su patrimonio. Por ello, al igual que en el ámbito penal, se exige la ley previa y la ley cierta (aunque este concepto de certeza tiene más que ver con el principio de tipicidad). El reconocimiento formal del principio de legalidad sancionadora como tal tiene lugar en el artículo 233 de la Constitución de la República, el mismo que expresamente señala: *“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio*

---

29 Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia No. C- 341 de 1996

30 Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios del Derecho Administrativo General, (2da edición, Madrid, Iustel 2009), pág. 237 a 241.

*de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”,*

En el régimen disciplinario la aplicación de este principio es de vital importancia por cuanto la administración sólo podrá investigar y sancionar disciplinariamente por comportamientos que estén descritos, como falta, en la ley vigente, pues, nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de ocasionarse no constituyan delito, falta o infracción administrativa<sup>31</sup>. Como vemos, la observancia de este principio implica una doble garantía:

- Una primera, de orden material, es decir, la exigencia de la predeterminación normativa de toda conducta que se considere constitutiva de un ilícito de carácter administrativo.
- Una segunda, de carácter formal, que conlleva que la norma que tipifique estos ilícitos y sus correspondientes sanciones deba tener rango de ley. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la concreción de determinados aspectos de las infracciones o sanciones pueden estar definidos también en otros instrumentos normativos como los reglamentos, no obstante será necesario que las mismas hayan quedado previamente definidas por ley.

A decir de García Gómez de Mercado, esta colaboración de los reglamentos se produce para concretar y especificar que ha sido definido como infracción o sanción por una ley, por lo que nos remite a la tipicidad<sup>32</sup>. Un asunto importante, que se debe señalar es que en función del principio de legalidad se requiere que la predeterminación del órgano sancionador se encuentre expresamente definido en la ley.

**El principio de tipicidad.**- Se trata de un principio que se encuentra muy vinculado al de legalidad en tanto la fijación por el legislador de las conductas que se califican como infracciones y las consecuencias jurídicas por su comisión contenidas en las sanciones “*lex previa*” debe llevarse a cabo de una forma concreta y precisa que no dé lugar a equívocos y se impida así una utilización abusiva del ejercicio de la potestad sancionadora “*lex certa*”.<sup>33</sup>

---

31 Constitución de la República del Ecuador numeral 3 del artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

32 F. García Gómez de Mercado, “Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable”. (Segunda Edición, Granada, Editorial Comares, 2004), pág. 113.

33 Ibidem, pág. 116

La descripción específica de las infracciones permite a los operadores jurídicos tener la certeza de lo que se debe hacer, así como la reacción que conlleva actuar en sentido contrario. Se trata de una proyección de la garantía de la seguridad jurídica propia de un estado constitucional de derechos al que se refiere el preámbulo de la Constitución de la República. Como tal, este principio se encuentra recogido en el numeral 6 del artículo 76 de la Norma Suprema, cuando en esta se dispone que: *“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”*.

Es decir, se trata de un principio en virtud del cual la imposición de una sanción debe anteceder una disposición normativa en la que se describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de prohibición con todos los elementos que le configuren. En virtud de este principio el servidor público sólo podrá ser investigado y sancionado disciplinariamente por comportamientos que estén claramente descritos como falta en la ley que se encuentre vigente al momento de su comisión. Hay que aclarar que a diferencia del principio de legalidad que cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, el principio de tipicidad constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta.

En la aplicación de la tipicidad como exigencia de la seguridad jurídica, la norma sancionatoria además de ser previa, deber también ser cierta, de tal modo que se logre convertir en operativa la conminación abstracta que se encuentra en toda norma sancionadora, de tal modo que cualquier administrado pueda conocer las conductas que son sancionables y por ende pueda tener la posibilidad de evitar su comisión<sup>34</sup>

**El principio a la seguridad jurídica.**- Se trata de aquel principio que proporciona al ciudadano confiabilidad y previsibilidad del ordenamiento jurídico, ya que necesita conocer y poder prever que la actuación del poder público se ajustará a lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente. En el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria es el principio de seguridad jurídica el que le permite al servidor confiar en

---

34 Miguel Sánchez Morón, “El principio de Tipicidad”, “Derecho de la Función Pública”, (Cuarta edición, Madrid, ecnos, Grupo Anaya, S.A., 2004., pág. 289 y 290.

que lo previsto en el ordenamiento jurídico será acatado por la administración y por consiguiente es el principio que le prever sobre cuál será la imposición de la sanción<sup>35</sup>.

**Del derecho al debido proceso, en la garantía de la tutela judicial efectiva.-** En el régimen disciplinario es de suma importancia en cuanto se refiere a la prohibición de imponer en el ámbito administrativo sanciones privativas de libertad. Respecto a los principios relativos al ejercicio de la potestad sancionadora concretamente debemos referirnos al principio del “*non bis in ídem*” y al principio de proporcionalidad.

**El principio del *non bis in ídem*.-** No es otra cosa que una garantía procesal, que consiste en que una persona no podrá ser condenada dos veces por un mismo delito, pues habiéndose ejecutado una sanción precedente, independientemente de su rigurosidad no es admisible constitucionalmente que se vuelva a ejercer la misma potestad sancionadora respecto de la misma persona. El concepto fundamental de este principio es, impedir que una persona pueda ser sancionada de manera sucesiva, simultánea o reiterada por un hecho que fue sancionado por otra autoridad administrativa o una judicial, específicamente en el ámbito penal.

Sobre el particular Morón Urbina afirma que, “*La incorporación de este principio sancionador presupone la existencia de dos ordenamientos sancionadores en el Estado que contienen una doble tipificación de conductas: el penal y el administrativo, y, además, admite la posibilidad que dentro del mismo régimen administrativo exista doble concurrencia del ejercicio de poderes punitivos o sancionadores mediante la exclusión de la posibilidad de imponer sobre la base de los mismos hechos dos o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal*”<sup>36</sup>. Precisamente este principio intenta evitar la acumulación de sanciones contra el individuo, por la misma causa y materia, que a su vez daría lugar a la vulneración del principio de tipicidad que es fundamental para la aplicación del derecho administrativo sancionador.

Es un principio, respecto del cual mucho se ha discutido si el mismo entra en colisión cuando las normas penales y administrativas, sancionan los mismos supuestos, si esto implica imponer dos o más sanciones por un mismo hecho, a un mismo sujeto. Sin embargo, atendiendo a los valores jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico es

---

35 Norbert Lôsing, “Estado de Derecho, Seguridad Jurídica y Desarrollo Económico”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2002 - dialnet.unirioja.es.

36 Juan Carlos Morón Urbina; “Comentarios Ley de Procedimiento Administrativo General”, (Gaceta Jurídica, Lima, 2003) pág. 522

posible sancionar administrativamente a un servidor público por haber incumplido disposiciones administrativas, así como también, sancionarlo con una pena, porque sus acciones implican la comisión de delitos sancionados penalmente.

Este principio constituye además una regla técnica con fuerza reguladora y un mecanismo de control de la actividad estatal, pues determina el marco reglado al que debe ajustarse ésta, en el ejercicio de la potestad discrecional; en tanto ésta, debe atenerse a los límites sustanciales que vienen impuestos por la vigencia de éstos principios, en especial aquellos que tienen una mayor incidencia en el ejercicio de las potestades discrecionales, en particular los principios de razonabilidad y de buena fe, invocados constantemente como límite de la discrecionalidad y que, entre otras cosas, aspiran a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad a los intereses generales<sup>37</sup>.

### **1.5 Activación del régimen disciplinario en el ámbito del derecho administrativo sancionador.-**

Dentro de la legislación reguladora del servicio público, el régimen disciplinario constituye el conjunto de disposiciones legales que desarrollan el poder de control de la función pública y social, con miras a lograr el cabal cumplimiento de su cometido legal y social (asegurar la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado). Se trata del ejercicio de la potestad de autocontrol del Estado, que se traduce en el poder de sancionar las infracciones de los agentes de la Administración por faltas en el ejercicio de sus funciones, mediante un procedimiento legalmente establecido, destinado a calificar las fallas e imponer las sanciones al servidor público responsable<sup>38</sup>.

Desde el punto de vista conceptual, la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia No. C-341 de 1996 el régimen disciplinario implica "*el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, disciplina y el comportamiento ético, la moralidad, la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo*"<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios del Derecho Administrativo General, (2da edición, Madrid, Iustel 2009), pág. 239.

<sup>38</sup> Armin Von Bogdandy, El derecho administrativo en el espacio Jurídico Europeo, (Valencia, Aries Gráficas, 2013, pág. 264.

<sup>39</sup> Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia No. C-341 de 1996

Es decir, es el grupo de disposiciones legales que contribuyen a garantizar y salvaguardar la legalidad, la honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en su empleo, los servidores públicos al servicio del Estado y de la comunidad, por tal razón el incumplimiento de los deberes, la extralimitación y abuso de los derechos y funciones constituyen falta disciplinaria.

El régimen disciplinario se impulsa a través de la acción disciplinaria, surge como consecuencia de la subordinación entre el Estado y sus servidores, en virtud del cual el Estado tiene la facultad de imponer un régimen de deberes y prohibiciones, que debe ser acatado de manera estricta por quienes están a su servicio y en el evento de ser desconocido, el Estado tiene la capacidad de sancionar a quien haya incurrido en alguna de las conductas previstas en la Ley<sup>40</sup>.

En Ecuador, el ejercicio del régimen disciplinario se encuentra sometido a una serie de reglas previstas tanto en leyes como en reglamentos, instrumentos que han sido dictados por el legislador para normar dicho régimen, tomando en consideración no sólo el poder que tiene el Estado para sancionar, sino también los derechos y las garantías que les asiste a los servidores públicos, lo que implica que la aplicación del régimen disciplinario tendrá siempre ciertos límites.

Así por ejemplo, las garantías individuales y la seguridad jurídica, siempre deberán ser observadas para evitar precisamente la arbitrariedad y la desproporción en el cumplimiento de la sanción disciplinaria, sacrificando los derechos fundamentales del sujeto activo en la comisión de una conducta punible, o un ilícito disciplinario, desconociendo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>41</sup>.

Desde la perspectiva del principio de legalidad, consagrado en el artículo 266 de nuestra Constitución, cuya aplicación es necesaria en la esfera disciplinaria, se puede ver vulnerado cuando la imposición de la sanción no es congruente con lo dispuesto en la Ley; la discrecionalidad de la autoridad pública dentro del procedimiento administrativo y su facultad para graduar la sanción a imponerse ha de moverse dentro de los límites establecidos por la ley para imponer las sanciones.

Ahora bien, la relación entre el principio de proporcionalidad y el control del poder público en la óptica del derecho disciplinario sancionador se da en razón del análisis que la

---

40 *Ibíd.*

41 Mauricio Oliveros, "Tesis doctoral", (Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010), pág. 14.

autoridad debe realizar del principio como concepto abstracto y de los elementos formales de la normativa relacionada con el régimen disciplinario sancionador. Es decir, que la libertad para comportarse de acuerdo con su propio criterio se ve restringida por el deber de ajustar su comportamiento a la normativa vigente.<sup>42</sup>

## **1.6 Garantías constitucionales y derechos fundamentales de los servidores públicos dentro del régimen disciplinario.-**

Cuando se habla de derechos y garantías constitucionales, se hace referencia a aquellos derechos y garantías considerados como esenciales y que se encuentran determinados en las Cartas Magnas de los Estados de Derecho; tienen como su nombre lo indica un rango constitucional, y están básicamente vinculados a la dignidad humana y dentro del ordenamiento jurídico gozan de un estatus especial en cuanto a garantías de tutela se refiere.

Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva de prestaciones o negativa de no sufrir lesiones, adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y, por “status” la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas<sup>43</sup>.

Esta definición es una definición teórica en cuanto, aun estando positivamente aceptados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que en este o en aquel ordenamiento tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales e incluso del hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo. En otras palabras, diremos que son fundamentales los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar. Pero diremos también, sin que nuestra definición resulte desnaturalizada, que un determinado

---

<sup>42</sup> Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro, El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, (1ra edición, Lima, Palestra, 2010) pág. 162.

<sup>43</sup>

ordenamiento jurídico, como por ejemplo despótico, dictatorial, carece de derechos fundamentales o si los hay los respeta.

### **1.7 El Procedimiento Administrativo Sancionador.-**

El procedimiento administrativo sancionador constituye un procedimiento especial mediante el cual la Administración Pública ejercita el *ius puniendi*, dentro de la unidad de la potestad sancionadora<sup>44</sup>, y es indudable que en este marco, en el que como consecuencia de dicho procedimiento puede el ciudadano verse sancionado, las garantías propias del procedimiento han de ser observadas con exquisito rigor. Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, la potestad sancionadora de la Administración no es una potestad administrativa más, sino que forma parte de la potestad punitiva del Estado<sup>45</sup>. A decir de tratadistas como José Suay, dentro de la categoría general de garantías del procedimiento administrativo sancionador, estas pueden ser divididas en dos bloques:

Un primer bloque, de garantías procesales abstractamente referidas al procedimiento sancionador y presidido por la aplicación modulada al procedimiento sancionador del derecho a un proceso justo y equitativo, que necesariamente coadyuvan al resultado de un proceso con respeto al principio de contradicción. Es decir, las garantías genéricamente observadas desde la posición de la Administración Pública y desde el examen de las decisiones que puede adoptar para su consecución.

Siguiendo el esquema perfilado anteriormente, José Suay Rincón señala que no cabe aplicar una sanción administrativa sin un procedimiento previo. Añade, que el derecho al procedimiento contempla una doble garantía, pues, permite que tanto la Ley como el Reglamento puedan regular los procedimientos sancionadores. En esa línea asegura que la

---

44 El Tribunal Constitucional español, en la sentencia No. 68/1985 señaló que: “La tesis dominante en la actualidad, tras la Constitución Española de 1978, reconoce que la potestad sancionadora de la Administración forma parte de un “genérico” *ius puniendi* del Estado, que es único, aunque luego tenga dos manifestaciones distintas (la pena y la sanción administrativa). Por tanto, la discusión se centra en saber si en ambas esferas existen las mismas garantías para el presunto responsable, es decir, en el proceso penal y en el ámbito administrativo sancionador. En este sentido, la doctrina –tanto administrativista como penalista- y la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de identificar el injusto penal y el injusto administrativo, pues no es posible encontrar diferencias ontológicas en cuanto a su contenido entre ambos, e incluso la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984 (caso Oztürk) señaló expresamente que “el Convenio de Roma no impide a los Estados Miembros establecer o mantener una distinción entre diferentes tipos de infracciones definidas por el derecho interno” añadiendo que, en esos casos, es necesario que ambos injustos estén abarcados por las mismas garantías mínimas de régimen jurídico”.

45 José Suay Rincón, “*La potestad sancionadora de la Administración-en Comentarios a la LRJAP y PAC*”, (Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1993), pág. 220.

falta de un procedimiento administrativo previo, podría determinar la nulidad absoluta del acto administrativo sancionador<sup>46</sup>.

A su criterio son nulos de pleno de derecho los actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sin perjuicio de lo cual, cuando existan irregularidades en la tramitación del procedimiento se deba examinar si las mismas son determinantes de nulidad absoluta, de anulabilidad o son solo meras irregularidades no invalidantes. De este modo, la omisión total y absoluta de los requisitos esenciales del procedimiento sancionador determinaría a decir de Suay, la anulación de las actuaciones y su retroacción al momento inmediatamente anterior a que las mismas se hubieran producido<sup>47</sup>.

Otras de las garantías procesales que Suay destaca, son la referente a la garantía de imparcialidad del órgano instructor, siendo la abstención y la recusación, las figuras jurídicas que tradicionalmente permiten garantizar la objetividad e imparcialidad de los juzgadores; y, la garantía de la doble autoridad, la cual implica que en el procedimiento administrativos sancionador han de intervenir dos autoridades distintas, una ha de conocer la instrucción y otra será la encargada de la resolución.

Y un segundo bloque, referido a las garantías de los derechos de la persona presuntamente responsable, en cuyo núcleo se encuentra el derecho al debido proceso, en lo referente al derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia y las garantías del derecho a intervenir en el procedimiento con conocimiento de la imputación y empleando los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.<sup>48</sup>

---

46 José Suay Rincón, *“La potestad sancionadora de la Administración-en Comentarios a la LRJAP y PAC”*, (Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1993), pág. 222.

47 *Ibíd*em 223.

48 José Suay Rincón, *“La potestad sancionadora de la Administración-en Comentarios a la LRJAP y PAC”*, (Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1993), pág. 223 y 224.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE DE LA FACULTAD DISCIPLINARIA**

#### **2.1 El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador.-**

El principio de proporcionalidad, también conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras apreciaciones. Sobre la evolución del principio de proporcionalidad se ha señalado que los primeros desarrollos repercutieron en la cultura jurídica romana, en donde se ha mostrado, que el principio de proporcionalidad alcanzó una importancia capital en varios ámbitos del Derecho Privado, dándose a la gestación de los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado y, desde entonces, no ha dejado de evolucionar y de expandirse a lo largo de todas las áreas del Derecho que regulan las relaciones entre el poder público y los particulares<sup>49</sup>.

El origen del principio de proporcionalidad se remonta a la antigüedad, ya en la obra de Platón podemos encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando se afirma este principio, en la cual hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser necesaria e infalible, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad.

El surgimiento del principio de proporcionalidad como concepto del derecho público se remonta al contractualismo iusnaturalista de la ilustración. Simultáneamente se desarrolló en el derecho de Policía de Prusia desde donde se extendió al derecho público europeo. En el siglo XIX este principio se aplicó en el Derecho Administrativo Alemán, en una época en la cual el individuo era el fin último del ejercicio del poder político y cualquier intervención estatal en la libertad debía ser proporcionada. Se crea entonces una jurisdicción administrativa diferente que utilizaba el principio de proporcionalidad para

---

<sup>49</sup> María Luisa Fernández de Soto Blass, “El principio de proporcionalidad en la administración pública y sus implicaciones tributarias”, Estudios en Homenaje Al profesor Pérez de Ayala, Madrid, Editorial DYKINSON S.I, 2007, pág. 319

fundamentar la anulación de las medidas coercitivas que limitaban los derechos individuales<sup>50</sup>.

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días este principio se ha difundido en las jurisdicciones administrativas europeas, como criterio de control sobre los actos de la administración. Las jurisdicciones francesas e italiana lo aplican para controlar la legalidad de los actos administrativos, con relevancia de los poderes discrecionales<sup>51</sup>. A pesar de que el principio de proporcionalidad no estaba tipificado en ninguna disposición del derecho administrativo francés, ni solía ser mencionado ex profeso en los fundamentos jurídicos de las sentencias, la jurisdicción contencioso administrativa lo aplica de manera implícita. Así se integra al control por técnicas de desvío de poder calificación jurídica de los hechos, error manifiesto, necesidad del acto y balance entre los costos y los beneficios de las actuaciones del Estado<sup>52</sup>

En el Derecho Administrativo Italiano es aplicado por los tribunales como criterio autónomo aunque en ocasiones sea considerado como un componente de los criterios de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder que evalúan la legalidad de los actos administrativos. El ordenamiento jurídico británico, a pesar de sus diferencias con el derecho continental europeo también formó parte del proceso. La “reasonableness” existía desde el siglo XVIII y a partir del caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. Vs. Wesnebury Corporation* de 1948 se consolidó como el principio de la “manifest unreasonableness”, utilizable por la jurisdicción. Los jueces sólo podían anular las decisiones discrecionales dictadas por los poderes públicos, cuando superen cierto umbral irracional.

En España este principio cobra en el Derecho Público un relieve particular a partir de la Revolución Liberal. El principio básico de la convivencia pasa a ser desde entonces la afirmación de unos derechos fundamentales del hombre que solo por Ley, como expresión de la voluntad general, puede ser objeto de intervención legítima de los poderes públicos. Pero fue en el ámbito del Derecho Penal donde el principio de proporcionalidad encontró su

---

50 María Luisa Fernández de Soto Blass, “El principio de proporcionalidad en la administración pública y sus implicaciones tributarias”, *Estudios en Homenaje Al profesor Pérez de Ayala*, Madrid, Editorial DYKINSON S.I, 2007, pág. 320

51 *Ibidem* 320

52 *Ídem* pág. 320

primer reconocimiento, de ahí pasó al Derecho de Policía, y en éste dentro del Derecho Administrativo, donde alcanzó el más alto tratamiento.<sup>53</sup>

En 1951 Jordana de Pozas señaló que, las intervenciones de la administración en la esfera autonómica de los particulares solo estaban justificadas en los casos y en las proporciones necesarias. Sostenía, que *“la administración sólo debe intervenir cuando una necesidad general lo exige (...) y entonces debe hacerlo en la medida que compruebe la insuficiencia de la iniciativa individual o social, no sustituyéndose por entero a ella, sino cuando sea extremadamente conveniente”*<sup>54</sup>. Tras estas referencias doctrinales y legales, el principio comenzó a ser utilizado por la Jurisprudencia Contencioso Administrativa.

La Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1959 fue precursora de dicha jurisprudencia, al declarar nula una Orden del Ministerio de Educación que imponía ciertas obligaciones docentes a los catedráticos de enseñanza media, por haber trasgredido el sub principio de necesidad. En dicho caso no se verificaban las circunstancias que hiciesen imprescindibles las muy intensas restricciones a los derechos de los particulares afectados, impuestas por las medidas adoptadas por la Administración. La situación que confluía en la expedición del acto habría podido encararse con otros medios más adecuados, que no derivasen en sanciones tan graves<sup>55</sup>.

A decir de García De Enterría, la fundamentación de la sentencia fue de gran importancia en el orden de los principios porque suponía un juicio sobre la proporcionalidad de medios afines, que supone un límite a la potestad reglamentaria. Se trata de una instauración del control jurídico de proporcionalidad sobre el ejercicio de las funciones públicas, sobre los actos administrativos. Este control se llevó a la práctica según García De Enterría de forma integrada en otros mecanismos como el desvío del poder y el control de los principios generales del derecho<sup>56</sup>.

Se trata de un principio que permite medir, controlar y determinar si aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, en la esfera de los derechos individuales responden a criterios de adecuación, coherencia,

---

53 Melgar Montoya, Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Civitas, pág. 5083 a 5085,

54 María Luisa Fernández de Soto Blass, “El principio de proporcionalidad en la administración pública y sus implicaciones tributarias”, Estudios en Homenaje Al profesor Pérez de Ayala, Madrid, Editorial DYKINSON S.I, 2007, pág. 326

55 Carlos Bernal Pulido, El principio de Proporcionalidad y los derechos Fundamentales”, (5ta edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), pág. 52

56 García De Enterría, La lucha contra las inmunidades del poder en el poder en el Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública, Madrid, pág. 138.

necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales<sup>57</sup>. Se trata por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción, como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales<sup>58</sup>.

Según Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad “*admite varias fundamentaciones complementarias, a saber: (i) la propia naturaleza de los principios de los derechos fundamentales; (ii) el principio del Estado de Derecho; (iii) el principio de justicia; (iv) el principio de interdicción de la arbitrariedad*”.<sup>59</sup> Beccaria por su parte, al referirse al principio de proporcionalidad señala que: “*Los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida que los delitos sean más contrarios al bien público y en proporción a los estímulos que impulsan a ellos. Por ello, debe existir una proporción entre los delitos y las penas*”<sup>60</sup>.

En tanto que a decir de García Herreros, “*La falta de proporcionalidad. La desproporción entre los medios que el acto utiliza y los fines que persigue la ley al otorgar las facultades para realizarlo es a nuestro juicio causal de nulidad del acto*”<sup>61</sup>. Por su parte, según Alonso Más, “*la proporcionalidad podría definirse como la necesaria adecuación entre los hechos determinantes y el contenido del acto administrativo, en relación con los fines del mismo*”<sup>62</sup>.

Se puede decir entonces que el principio de proporcionalidad tiene su fundamento en el orden constitucional, se trata de un criterio que busca el equilibrio o la modulación entre las acciones que el Estado realiza en el cumplimiento de sus fines y el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. Es decir, que el principio de proporcionalidad adquiere plena justificación en el ámbito de la actuación de los poderes públicos, se instituye como un filtro que impide que la actividad del Estado sobrepase los límites exigibles para la consecución de los intereses colectivos, cuando los derechos

---

57 Miguel Carbonell, y Pedro Grández Castro. El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo”, 1ra edición, Lima, Palestra, 2010), pág. 221.

58 *Ibidem* pág. 113.

59 *Ibidem*. pág. 339.

60 Cesare Beccaria, De los delitos y de las penas, (Madrid, traducción Editorial Aguilar, 1982), pág.138.

61 Orlando García Herreros, Lecciones de Derecho Administrativo, (2da edición, Bogotá: Editorial Universidad Sergio Arboleda, 1997), pág. 206.

62 María José Alonso Más, La solución justa en las resoluciones administrativas, (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, 1998), pág. 426 y 449.

individuales son afectados o menoscabados infundadamente. Se trata, entonces, de conceder justificadamente a cada principio confrontado lo que razonadamente le corresponde.

En efecto, como indica Alexy, el principio de proporcionalidad forma parte de los principios estructurales cuya aceptación es necesaria para la óptima satisfacción del sistema jurídico. De ahí resulta que, a medida que una regla ofrece menos libertad de movimiento, la razón que la legitima tiene que ser más fuerte. Esto es lo que ocurre en la metodología de los límites de los derechos fundamentales<sup>63</sup>. De lo dicho, se puede concluir que el principio de proporcionalidad es una manifestación racional que ayuda al óptimo ejercicio del poder público y siendo el ordenamiento constitucional el área del derecho que lo fundamenta, el principio de proporcionalidad se convierte en el método más favorable para la interpretación constitucional<sup>64</sup>.

Bajo esos postulados, a decir de Alexy el principio de proporcionalidad se percibe a partir de dos dimensiones. Por un lado, es entendido en un sentido amplio y, por otro, en un sentido estricto. En el sentido amplio, cuando se trata de evaluar si una intervención en un derecho fundamental o en un interés jurídico es una medida adecuada, necesaria y equilibrada con el orden de cosas; debiendo cada supuesto ser evaluado independiente, concatenada y armónicamente<sup>65</sup>.

Esta forma de evaluar las medidas adoptadas por el Estado, a criterio de Alexy implica un triple juicio de proporcionalidad, el mismo que comprende: “(i) un juicio de adecuación o idoneidad de la medida, (ii) un juicio de necesidad o indispensabilidad de la medida y (iii) un juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto de los principios confrontados. En el sentido estricto, por el contrario, se trata de un juicio valorativo que se limita al ámbito de la ponderación de los principios encontrados”<sup>66</sup>.

## **2.2 Los sub principios de la proporcionalidad.-**

---

63 Carlos Bernal Pulido, El principio de Proporcionalidad y los derechos Fundamentales, (5ta edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), pág. 51

64 Josefa Fernández Nieto, El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, una visión desde el sistema europeo, (Madrid, Dykinson, 2009), pág.310.

65 Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación, (1ra edición, México D.F, Fontamara S.A, 2010), pág. 43.

66 *Ibidem* pág. 315

Como se dijo (ut supra) el principio de proporcionalidad supone un triple juicio<sup>67</sup> y que a criterio de la Corte Constitucional debido a su naturaleza el principio de proporcionalidad, siempre va a estar relacionado con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional<sup>68</sup>. Ocurre, que si se determina que una medida adoptada por el ente público es desproporcionada no solo se está afectando el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal.<sup>69</sup>

De lo señalado, se puede deducir que el principio de proporcionalidad es un postulado de obligatoria aplicación por parte de los poderes públicos cuando pretendan limitar un derecho fundamental, exige que estos antes de adoptar una medida la examinen detenidamente en función de sus sub principios, o sea, deben revisar: a) si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si es adecuada y estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal<sup>70</sup>.

**a) Sub principio de idoneidad o adecuación.-**

Según la Corte Constitucional *“el sub principio de idoneidad también es conocido con el nombre de sub principio de adecuación. Sirve para verificar si toda intervención en los derechos fundamentales es adecuada para contribuir a un fin constitucionalmente legítimo. En primer término que la norma que se examina debe tener un fin constitucionalmente legítimo, y en segundo término, que sea idónea para favorecer su intervención. El primer aspecto del análisis es la idoneidad de la intervención, que consiste en verificar si el fin que persigue la Asamblea Nacional, es legítimo desde el punto de vista constitucional. La relación entre medio y el fin legislativo”*<sup>71</sup>.

---

67 Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación, (1ra edición, México D.F, Fontamara S.A, 2010), pág. 43 y 300.

68 Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 048-13-SCN-CC.

69 Orlando Becerra Suarez, “El principio de Proporcionalidad”, revista Derecho Constitucional y Ciencia Política, Lima, 2012.

70 Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 008-13-SCN-CC.

71 Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 024-10-SCN-CC.

Es decir, implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución. En ese sentido, debe observarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma. El legislador, al momento de ejercer su facultad o poder de creación de las normas, puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos, en tanto, corresponderá a la Corte Constitucional analizar si los medios elegidos por el legislativo permiten alcanzar esos objetivos; y, en esa medida, determinar, si son adecuados de tal manera que se pueda admitir la restricción de un derecho fundamental.

Robert Alexy, al referirse al sub principio de adecuación sostiene que el mismo excluye la adopción de medios que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que para los que se adoptaron dichos medios. *“Si un medio adoptado con objeto de promover un derecho a protección, no es adecuado para dicho objeto e infringe un derecho de defensa, entonces será desproporcionado y, por tanto, anticonstitucional”*<sup>72</sup>.

Mientras que, según Castillo Córdova, el juicio de idoneidad exige que la agresión del contenido constitucional *prima facie* de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, sacrificio o lesión de un derecho fundamental cumple esta doble exigencia, entonces si puede ser considerada como una medida que ha superado el juicio de idoneidad”<sup>73</sup>.

Consiguientemente, cuando se habla de idoneidad o adecuación se está haciendo alusión a un tema de utilidad, de eficacia del medio empleado. Se trata pues de que la medida sea capaz de alcanzar materialmente el fin constitucional que persigue. De modo que el principio se presenta como expresión estrictamente factual y, por consiguiente, su optimización corresponde al ámbito de las posibilidades fácticas.<sup>74</sup>

---

72 Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación, (1ra edición, México D.F, Fontamara S.A, 2010), pág. 57.

73 Miguel Carbonell, y Pedro Grández Castro, El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, (1ra edición, Lima, Palestra, 2010) pág. 305.

74 Miguel Carbonell, y Pedro Grández Castro, El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, (1ra edición, Lima, Palestra, 2010) pág. 15, cita a Robert Alexy, “La fórmula del peso”.

**b) El sub principio de necesidad.-**

Según la Corte Constitucional la base de este sub principio radica en que “*la intervención en el derecho fundamental debe ser más benigna que la establecida por la Constitución, entre todas aquellas que revisten por lo menos de la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Este principio también prevé la posibilidad de realizar una intervención lo más restringida posible*”<sup>75</sup>. Es decir, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular.

Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, pues la finalidad que sostiene este principio es la de mínima de intervención del Estado en el derecho fundamental. A este respecto Fernández Nieto, señala que “*(...) la norma será necesaria si no hay otra más suave que tenga igual o mayor eficacia (sea, en su intensidad, extensión o duración)*).

*El principio de necesidad se edifica sobre el de idoneidad (...)*”, o sea, presume la existencia de varios medios útiles entre los que es posible optar. Si, por el contrario, no hay más que un instrumento idóneo para la satisfacción de la finalidad perseguida, será por definición necesario puesto que no habrá elección ni contraste posible.<sup>76</sup> A este respecto Alexy ha señalado que el sub principio de necesidad conlleva determinar si entre dos medios igualmente idóneos en términos generales para promover un derecho a protección, cual es el que infiera menos en el derecho de defensa<sup>77</sup>.

En conclusión, se puede afirmar que el sub principio de necesidad tiene como finalidad verificar la existencia de medios alternativos que permitan elegir entre ellos cual es el menos gravoso. Por tanto, el sub principio de necesidad supone un proceso de comparación entre el medio elegido y aquellos que hipotéticamente se hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin constitucional; debiéndose entender que los otros

---

<sup>75</sup> Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 024-10-SCN-CC.

<sup>76</sup> Josefa, Fernández Nieto, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*, (Madrid, Dykinson, 2009), pág. 359.

<sup>77</sup> Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, (1ra edición, México D.F, Fontamara S.A, 2010), págs. 57 y 58.

medios disponibles al momento de la elección de la medida también deben ser idóneos. El examen de necesidad del medio o medida supone en definitiva, verificar la presencia de otros medios hipotéticos alternativos idóneos y si son menos gravosos que el elegido.

**c) Sub principio de proporcionalidad estricta o juicio de ponderación.-**

El principio de proporcionalidad en sentido estricto radica en que la intervención estatal sobre los derechos fundamentales para gozar de legitimidad constitucional debe tener un objetivo de satisfacción por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. Alexy, sobre este sub principio sostiene que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro<sup>78</sup>.

Afirma, que a diferencia de los sub principios de idoneidad y necesidad que tienen como propósito la optimización de las posibilidades fácticas, este tiene como finalidad la optimización de las posibilidades jurídicas. Trata de resolver los conflictos que pueden presentarse entre principios, y que suele presentarse principalmente cuando dos principios constitucionales se encuentran contrapuestos, porque en los mismos hay situaciones en pugna.

A decir de Bernal Pulido la ponderación consiste en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso en concreto, su fin es determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, cuál determina la solución para el caso concreto. Asegura, que constituye un mecanismo que permite resolver una incompatibilidad entre normas de *prima facie*, pero no garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos en razón de su jerarquía, así como tampoco garantiza que se resuelva todas las posibles colisiones entre ellos, ni las posibles incompatibilidades entre las normas *prima facie* en conflicto<sup>79</sup>.

Manifiesta, que la ponderación debe entenderse como una estructura que no permite establecer una relación absoluta, sino una relación condicionada entre los principios, en este sentido, la ponderación orienta la decisión judicial, de acuerdo a las circunstancias del

---

<sup>78</sup> Miguel Carbonell, y Pedro Grández Castro, El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, (1ra edición, Lima, Palestra, 2010) pág. 161.

<sup>79</sup> Carlos Bernal Pulido, Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho, (1ra edición, México D.F., UNAM, 2005), pág. 19.

caso<sup>80</sup>. Desde la visión de Prieto Sanchis, ponderar implica “*buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias, conflictivas y del mismo valor*”<sup>81</sup>, actúa como un método que ayuda a resolver problemas entre principios del mismo valor o jerarquía.

Alexy, por su parte, asegura que la ponderación se afianza en la regla constitutiva que establece “*Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro*”<sup>82</sup>. En la misma línea se pronuncia Pietro Sanchís quien dice que la ponderación “*(...) reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos*”<sup>83</sup>.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano la ponderación como método de solución de las antinomias consta en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la misma que establece que “*Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.*”<sup>84</sup>

Alexy, además afirma que la ponderación comprende tres pasos. a) Un primer paso define el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; b) Un segundo que define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, c) Un tercer paso, que define si la importancia de la satisfacción del principio contrario, justifica la restricción o la no satisfacción del otro<sup>85</sup>. O sea, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo

---

80 Carlos Bernal Pulido, Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho, (1ra edición, México D.F., UNAM, 2005), pág. 19 y 20.

81 Luis Prieto Sanchis, Apuntes de teoría del Derecho, (1ra edición Editorial Trotta, Madrid, 2005), pág. 99.

82 Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993), pág. 607.

83 Luis Prieto Sanchis, Apuntes de teoría del Derecho, (1ra edición Editorial Trotta, Madrid, 2005), pág. 157.

84 Artículo 3 numeral 3 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- “Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

85 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Proceso y Constitución”, (revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México DF., Número 11, 2009), pág. 9.

de la misma debe ser al menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.

Fernández Nieto, por su parte indica que el test de proporcionalidad en sentido estricto “(...), *introduce el resultado perseguido en su análisis y cuando da positivo (...) impide o bloquea la persecución del fin a través de ese medio*”<sup>86</sup>. Asevera, que el juicio de proporcionalidad actúa, una vez que ha sido descartada la ilicitud de las dos magnitudes que integran el término de comparación. Sólo en estos casos, procede entrar a examinar, si la medida es útil, necesaria o proporcional en sentido propio, esto es, si dada su repercusión sobre otros derechos, surte efectos exorbitantes a los que la consecución de tal objeto requería y, en consecuencia, lo justifica<sup>87</sup>.

Por otro lado, cuando Rodríguez Calero se pronuncia sobre la ponderación en la colisión de derechos, indica que la ponderación entre principios ius fundamentales “*no permite al juez constitucional elegir libremente como se ha de dar prioridad a un derecho frente a otro. Para ello, en primer lugar, debe dar la máxima amplitud a todos los principios o derechos que entran en conflicto y tiene que procurar que éstos tengan la mayor eficacia en la colisión planteada*”<sup>88</sup>. Afirma, que los principios se configuran como mandatos de optimización, que deben ser aplicados en la medida en que sea posible jurídica y fácticamente, por lo que, el intérprete debe otorgar la máxima eficacia a todos los derechos fundamentales que entran en conflicto.<sup>89</sup>

En consecuencia, se establece que el principio de proporcionalidad supone que ante una situación de discrepancia, donde un principio invade la esfera de otro, el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene por finalidad restablecer el equilibrio jurídico a través de las razones de peso, que son las que justifican la injerencia de un principio sobre el ámbito de otro principio. De allí que mientras más alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, mayor tiene que ser la importancia de la realización del otro. Por tanto, solamente cuando quede justificada la intervención sobre el contenido de un principio por parte de otro, el equilibrio jurídico queda restituido.

---

86 Josefa Fernández Nieto, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*, (Madrid, Dykinson, 2009), pág. 375.

87 Josefa Fernández Nieto, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*, (Madrid, Dykinson, 2009), pág. 375.

88 Juan Manuel Rodríguez Calero, *La creación judicial del derecho en la colisión entre derechos fundamentales*, (Tesis doctoral, Universidad de la Laguna, Departamento de Filosofía del Derecho, Lima, 2011), pág. 414 y 415.

89 *Ibidem* pág. 416.

De esta manera, se puede sostener que la ponderación tal como lo ha señalado la doctrina pre citada supone tres pasos:

i) El primero consiste en constatar el grado de incumplimiento o perjuicio del principio que estaría siendo menoscabado; ii) El segundo, se debe proceder a comprobar la importancia de la realización del principio contrario y, iii) Finalmente, un tercer paso, a través del cual se debe determinar si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro; de forma que no se incurra en un sacrificio innecesario. Por ende, la ponderación no tiene como propósito relegar o excluir a un principio, sino que, ante razones de peso, reordena el escenario jurídico y, como tal, restablece el equilibrio jurídico aparentemente alterado.

### **2.3 El principio de proporcionalidad en la legislación ecuatoriana.-**

Ciertamente, que en lo referente a la noción conceptual del principio de proporcionalidad, quedó señalado que se trata de un principio que permite medir, controlar y determinar si aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, en la esfera de los derechos individuales responden a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales<sup>90</sup>.

Conforme a la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Corte Constitucional del Ecuador<sup>91</sup>, el principio de proporcionalidad constituye un precepto angular dentro del Estado Constitucional de derechos y justicia instituido a partir de la Constitución de 2008, puesto que permite evaluar si las acciones desplegadas por los poderes públicos no lesionan los derechos fundamentales; y, en caso de que sí lo hagan, dichas acciones se encuentren fáctica y jurídicamente justificadas<sup>92</sup>.

Conforme lo previsto en la Norma Suprema del Estado esta tarea, le corresponde de manera exclusiva a la Corte Constitucional (ex Tribunal Constitucional), entidad que está

---

<sup>90</sup> Miguel Carbonell, y Pedro Grández Castro. El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo”, 1ra edición, Lima, Palestra, 2010), pág. 221.

<sup>91</sup> Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia No. 024-10-SCN-CC.

<sup>92</sup> Orlando Becerra Suarez, “El principio de Proporcionalidad”, revista Derecho Constitucional y Ciencia Política, Lima, 2012.

investida de atribuciones extraordinarias, como ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Por lo que sus decisiones tienen el carácter vinculante<sup>93</sup>.

La Corte Constitucional, al referirse al principio de proporcionalidad entre otras cosas ha señalado que: *“En sentido estricto, implica que la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe ser justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa”*<sup>94</sup>, es decir, constituye un mecanismo jurídico que permite controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales.

Más, si se toma en cuenta además el principio de interpretación integral de la Constitución, el principio de proporcionalidad vendría a ser un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico y que trata en lo posible de evitar las contradicciones. Entonces, debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, estos deben observar entre otros aspectos, el principio de proporcionalidad<sup>95</sup>.

Si bien en la Constitución de la República no existe una disposición que establezca de forma clara y expresa el principio de proporcionalidad y sus sub principios, como método de interpretación constitucional se encuentra constante en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que expresamente señala que: *“Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”*.

Cabe indicar que se trata de un principio a través del cual se puede asegurar que la intensidad de una restricción o el medio empleado para hacer efectivo un determinado derecho sea el indispensable; que puede estar implícito en algún enunciado constitucional

---

93 Artículo 436 número 1 de la Constitución de la República.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante (...).

94 Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia No. 024-10-SCN CC.

95Ibídem .

que, debidamente analizado, le dará al principio rango constitucional, que permita fundamentar el hecho de que el órgano de interpretación constitucional (Corte Constitucional) lo utilice como criterio para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes<sup>96</sup>.

Esto se debe a que los derechos fundamentales desempeñan el papel central de control de constitucionalidad de las leyes que se lleva a cabo desde su misma perspectiva. Este control trata de establecer si las leyes que intervienen en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad, generándose de esta forma conflictos en la limitación de los derechos fundamentales. Es cierto, que las expectativas de conducta amparadas en un derecho fundamental en ocasiones sólo pueden hacerse realidad a costa de otras expectativas de conducta objeto de protección constitucional o infraconstitucional.

Por ejemplo, ofender de palabra a una persona puede ser una expectativa de conducta objeto de libertad de expresión, sin embargo, la protección del insulto lo es a costa del honor del insultado. Como vemos, este hecho puede provocar la falsa apariencia de que hay un conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el derecho a la honra<sup>97</sup>.

Pero, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respecto del principio de proporcionalidad en el Capítulo III del Título V de dicho documento, entre otras normativas alusivas a dicho principio contempla la acción de interpretación; también en el Título I de las Normas Generales en el artículo 3 ídem, habla expresamente de los métodos y las reglas de interpretación constitucional, y afirma que: *“Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente”*.

Respecto de los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria el artículo 3 de la Ley en referencia además contempla que si al momento de resolver las causas existe contradicción entre las normas jurídicas, se aplicará la regla en vigencia frente a la derogada o anterior (principio cronológico); la jerárquicamente superior

---

96 Ramiro Ávila Santamaría, “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Miguel Carbonell Editor, Quito, V&M Gráficas, 2008, pág. 328 a 334.

97 Ibídem 331

frente a la inferior (principio de jerarquía); o la especial prevalecerá frente a la ordinaria (principio de especialidad)<sup>98</sup>.

Por otra parte, establece que para los casos en los no se puede aplicar las reglas de solución de antinomias se aplicará el principio de proporcionalidad, para lo cual dispone que: *“se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”*

Renglón seguido, en la misma Ley se habla de la ponderación respecto de la cual determina que: *“Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*. Es indicativo de la norma tanto lo procedimental como el espíritu de realizar la mejor tarea interpretativa en el caso que se juzga para que el derecho siempre sea el menos afectado. De esta manera, tanto el principio de proporcionalidad como la ponderación son herramientas entre otras reglas, en la solución de antinomias y la prevención en contra de derechos fundamentales vulnerados.

De las consideraciones hasta aquí referidas, se puede determinar que la finalidad del principio de proporcionalidad es evitar que se vulnere el contenido esencial de los derechos, y que las decisiones de los operadores de justicia en el control de constitucionalidad de las medidas limitativas de los derechos fundamentales cuenten con un fundamento. Es por esto que, cuando se aplica el principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional indaga por el propósito que se persigue y si éste es constitucional y legítimo.<sup>99</sup>

Así pues, debe establecer si determinado acto adoptó la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas medidas que revisten la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretenden con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

---

<sup>98</sup>Artículo. 3 de la Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de los Métodos y reglas de interpretación constitucional.

<sup>99</sup> Ramiro Ávila Santamaría, “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Miguel Carbonell Editor, Quito, V&M Gráficas, 2008, pág. 328 a 334.

En el derecho constitucional ecuatoriano, el principio de proporcionalidad responde especialmente a la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a los derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa. Estriba a grandes rasgos, en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental u otro principio constitucional; sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que es un criterio que sirve para determinar si la intención legislativa en un derecho fundamental es legítima o no<sup>100</sup>.

De este modo, el principio de proporcionalidad cumple una función argumentativa en la interpretación de los derechos fundamentales afectados en un caso concreto, para determinar el significado preciso de las disposiciones constitucionales que los contienen. El examen de los sub principios de la proporcionalidad, por su parte implica un proceso metodológico por el cual se construye una interpretación de las disposiciones constitucionales y legales relevantes al caso, formulando en último término una norma de precedencia a favor de alguno de ellos. En el ámbito del derecho constitucional, el uso del principio de proporcionalidad se apoya también en las directivas de interpretación que ordenan dar a las disposiciones constitucionales la máxima efectividad real posible e interpretarlas sistemáticamente como una unidad normativa<sup>101</sup>.

#### **2.4 El principio de proporcionalidad como límite del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y disciplinaria.-**

Al analizar el principio de proporcionalidad dentro del derecho administrativo sancionador quedo señalado que la sanción no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; es decir, debe existir una lógica coherencia entre el hecho incriminado y probado con la forma de la infracción cometida. Por tanto, en virtud de este principio la sanción impuesta debe guardar una adecuada relación con la gravedad de la falta, pero no, necesariamente; que se tenga que aplicar la sanción menos grave, lo que impediría corregir las anomalías cometidas por ciertos funcionarios que confiados en la poca rigurosidad de la

---

100 Oscar José Dueñas, "Hermenéutica jurídica", (Universidad del Rosario, Bogotá, 2005), pág. 67.

101 *Ibidem* pág. 69.

norma continuarán violando las disposiciones legales afectando el interés común de la sociedad<sup>102</sup>.

Significa entonces, en el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de proporcionalidad constituye un límite a la discrecionalidad de los titulares de la potestad reglamentaria, en la medida en que estos pueden regular las infracciones y sanciones. Quedo establecido, que el principio de proporcionalidad está compuesto por tres sub - principios que deben ser observados de forma escalonada<sup>103</sup>. En el caso del régimen sancionador disciplinario, el respeto y la observancia del principio de proporcionalidad es trascendental, sobre todo al momento de la determinación de la sanción puesto que obliga a la autoridad administrativa a verificar el cumplimiento de sus sub principios.

Respecto del sub principio de la idoneidad, en primer lugar debe comprobar que la sanción a ser impuesta tenga un fin constitucionalmente legítimo, y verificar que su imposición va a generar efectos favorables tanto respecto del administrado como respecto de la administración. En caso de hallar que la medida a adoptar es idónea, continuara analizando su necesidad y posteriormente su proporcionalidad en sentido estricto<sup>104</sup>. En lo que respecta al sub principio de necesidad le corresponde observar que la sanción disciplinaria a aplicarse sea la más benigna, entre aquellas que revisten la misma idoneidad para lograr el fin propuesto.

Para tal efecto, la autoridad administrativa debe revisar si existe la posibilidad de aplicar sanciones alternativas y si alguna de ellas puede ser igual de idónea a la consagrada en la ley. Es decir, que la autoridad administrativa antes de adoptar la decisión respecto de la sanción que va a aplicar debe analizar la posibilidad de aplicar la sanción menos drástica. Seguidamente, tendrá que determinar si la aplicación de una sanción afecta algún principio constitucional en un grado menor<sup>105</sup>. Una vez que la autoridad ha realizado este ejercicio el paso a seguir es la elección de las sanciones alternativas.

Superados los sub principios de idoneidad y necesidad, corresponde aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto. En esta tercera etapa la autoridad debe

---

102 Rubén Sánchez Gil, "El Principio de Proporcionalidad, Instituto de Investigaciones Jurídicas", (Universidad Autónoma de México, México, primera edición, 2007, pág.20 y 77.

103 Robert Alexy, "Derechos sociales y ponderación", (1ra edición, México D.F, Fontamara S.A, 2010), pág. 43 y 300.

104 Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro, El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, (1ra edición, Lima, Palestra, 2010) pág. 161 y 162.

105 *Ibidem*, pág. 164.

reflexionar y determinar si la sanción disciplinaria a aplicarse cuenta con la justificación necesaria, para ello debe revisar la infracción administrativa y la importancia de la realización del fin perseguido<sup>106</sup>, en otras palabras, debe ver las ventajas que se obtienen mediante la imposición de una sanción y los sacrificios que dicha sanción implica para los derechos y garantías fundamentales del servidor sancionado, y si las ventajas son mayores a los sacrificios. Si la sanción disciplinaria no supera las exigencias de alguno de los sub principios, significa que la medida es arbitraria. En ese caso, lo más adecuado será optar por aplicar una menos drástica pero cumpla con el fin deseado<sup>107</sup>.

En definitiva, en atención del principio de proporcionalidad para la sustanciación y resolución de los procesos administrativos disciplinarios la administración, antes de aplicar la sanción correspondiente, debe analizar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias en las que incurran los servidores públicos, para lo cual, tomará en cuenta entre otras la intencionalidad, el grado de perturbación del servicio, el atentado a la dignidad del funcionario o de la administración; la falta de consideración a los administrados y el grado de reincidencia.

## **2.5 El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador.-**

La postura constante de los tribunales de justicia ha sido la de aplicar matizadamente los principios del derecho penal a esta área del derecho, entre ellos claro está se encuentra el de proporcionalidad. En el ámbito sancionador administrativo resulta interesante analizar este postulado teniendo en cuenta que, a diferencia de lo ocurrido en el derecho penal, no existe, una norma general que determine los criterios en virtud de los cuales se gradúan y determinan la infracciones y las sanciones a imponer, sino que son normas especiales las presiden la actividad<sup>108</sup>.

Pero, que pasa si la norma especial no contiene criterios específicos para graduar y determinar la infracción y la sanción a imponer, aplicando, con ello, el principio de proporcionalidad; a decir de Parada, la mayor parte de las veces “*se opta por crear*

---

106 Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro, El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, (1ra edición, Lima, Palestra, 2010) pág. 165.

107 *Ibíd*em, pág. 162.

108 Ramón Parada, “Derecho Administrativo”, (Tomo I., Décimo sexta edición, Madrid, Marcial Pons, 2007) pág. 444.

*clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Lo que deja una ventana abierta a la autoridad administrativa para que califique de acuerdo con su criterio la infracción y la sanción”.*<sup>109</sup>

En el ámbito del derecho administrativo sancionador existen dos periodos en los que puede ser analizado el principio de proporcionalidad. El primero de ellos se encuentra relacionado con un momento anterior al de la imposición de la sanción, refiriéndonos con ello al examen que realiza, el legislador cuando decide cuáles son los bienes jurídicos que desea salvaguardar de actuaciones lesivas. El segundo momento se refiere al instante en sí de la aplicación de la sanción, y tiene como sujeto a la autoridad administrativa.

Estos dos periodos han sido comentados por el profesor Nieto García cuando afirma que es necesario: *“subrayar la omnipresencia, por así decirlo, de este principio puesto que actúa en todas las fases o eslabones de la cadena sancionadora. Primero aparece en la ley y sirve como criterio para que el Tribunal Constitucional controle si las sanciones previstas por el legislador son efectivamente proporcionadas a las infracciones a que se atribuyen. Luego vuelve a aparecer en el reglamento y con la misma función. (...) Ya en la fase aplicativa, la Administración tiene que ponderar la proporcionalidad de la sanción concreta que escoge dentro del repertorio que le ofrece la norma tipificante.”*<sup>110</sup>

### **2.5.1. Juicio de proporcionalidad que realiza la autoridad administrativa.-**

En lo que se refiere al examen de proporcionalidad que debe realizar el legislador cuando dicta una norma sancionadora, en primer lugar debe entrar a examinar, en principio, si el bien jurídico que intenta salvaguardar de las conductas que lo pueden perjudicar, debe ser protegido por el derecho penal y/o por el administrativo sancionador. Pues como lo anota Huergo Lora: *“existen algunos bienes jurídicos, los más importantes, que sólo se protegen mediante sanciones penales, nunca administrativas. En el caso de la vida y la integridad física (delitos de homicidio y sus formas, aborto, lesiones), la libertad (delitos de detención ilegal, secuestro, amenazas y coacciones), la integridad moral (tortura y*

---

<sup>109</sup> Ramón Parada, “Derecho Administrativo”, (Tomo I., Décimo sexta edición, Madrid, Marcial Pons, 2007) pág. 444.

<sup>110</sup> Alejandro Nieto García, “Derecho administrativo sancionador”. (Tecnos, Madrid, 2005), pág. 351.

*tratos inhumanos o degradantes), la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el honor, las relaciones familiares, etc.”<sup>111</sup>.*

Una vez que se ha determinado la acción u omisión que debe tener una respuesta del ordenamiento administrativo sancionador, el legislador cuenta con autonomía para redactar la conducta típica<sup>112</sup>. De este modo, el legislador puede crear infracciones, introducir clasificaciones entre ellas, fijar criterios de agravación o atenuación; pero siempre teniendo en cuenta las necesidades para la protección del bien jurídico, el mayor o menor daño que los comportamientos puedan estar ocasionando y un juicio de idoneidad de la infracción típica.<sup>113</sup>

Dentro de este proceso de redacción el legislador puede optar por incluir un cuadro en donde se clasifiquen las infracciones. Clasificación que debe realizarse teniendo en cuenta “*la importancia de los bienes jurídicos objeto de protección, que se convierte en últimas en una garantía para el administrado respecto a la actuación administrativa*”.<sup>114</sup> Entonces, es en el momento de la redacción de la descripción típica, en la cual el legislador tiene que realizar un juicio de proporcionalidad, gozando para ello de una libertad para determinar la conducta típica que más se adecúe a las necesidades de la sociedad y que, a su mejor entender, contrarreste las actuaciones u omisiones que lesionen, o puedan lesionar, los intereses protegidos por la infracción administrativa<sup>115</sup>.

Sin embargo, la facultad de la que goza el legislador para regular libremente las actuaciones que a su juicio puedan ofrecer un daño o perjuicio a los bienes jurídicos que pretende proteger, no es absoluta, puesto que el legislador no goza de una independencia plena a la hora de determinar la infracción, ya que le corresponde observar lo que disponen los principios y las garantías constitucionales, los derechos fundamentales, así como también considerar la realidad fáctica que se le impone, con lo que resultan plenamente justificadas las limitaciones a la configuración legislativa<sup>116</sup>.

Dentro del proceso de formación del binomio infracción/sanción, el legislador a la hora de diseñar las sanciones administrativas para las conductas u omisiones típicas, debe

---

111 Alejandro Huergo Lora, “Las sanciones administrativas”. (Madrid Iustel, 2007), pág.144.

112 Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia No. C-988/2006.

113 Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia No. C-125/2003.

114 José Ignacio López González “La proporcionalidad de la norma penal”, en: Cuadernos de derecho público, No. 5, (Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998).pág. 146.

115 María Lourdes Ramírez Torrado, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano”, (Bogotá, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010), pág. 161.

116 *Ibidem* pág. 162

además tener en cuenta el principio de proporcionalidad. Así, si bien le asiste el derecho de establecer las modalidades punitivas, y su magnitud, deberá diseñar siempre una sanción adecuada a los fines de la norma.<sup>117</sup>

Así las cosas, el legislador, a la hora de diseñar y definir las sanciones correspondientes, debe realizar un examen global de los costos y los beneficios de las sanciones contenidas en las leyes, es decir debe tener en cuenta la gravedad de la medida contemplada, los costos de aplicación que implica la sanción y otras consecuencias negativas que podrían derivarse de la misma,<sup>118</sup> ya que le corresponde evitar una conducta arbitraria por parte de la autoridad administrativa al determinar la sanción y con ello que se vulnere el principio de proporcionalidad. Lo aconsejable es que en las leyes se establezcan criterios de dosimetría punitiva que sirvan de marco de referencia para la labor del juzgador.

Así, dependiendo del ámbito el legislador debe considerar la naturaleza de la infracción, el grado de la intención en la comisión de la misma; la gravedad del peligro creado o de los daños producidos; la reparación voluntaria del daño ocasionado; la reincidencia, la reiteración, etc.<sup>119</sup>. La justicia constitucional colombiana al referirse al momento de creación de las leyes ha afirmado que *“el legislador se encuentra legitimado por la Norma Fundamental para contemplar un sistema de modulación de acuerdo a la mayor o menor gravedad de las conductas. Para ello goza de plena autonomía para determinar, dentro de las márgenes de lo razonable, los criterios para el ejercicio de la actividad sancionadora”*.<sup>120</sup>

De tal modo que el legislador podrá contemplar una clasificación de las infracciones de acuerdo con su nivel de gravedad, refiriéndonos con ello a las infracciones leves, graves, o muy graves (o cualquiera sea el tipo de estructura que se considere más conveniente), sin que los criterios para clasificar la infracción y/o la sanción condicionen la existencia de la infracción misma, sino que gradúen la actuación sancionadora<sup>121</sup>.

---

117 Corte Constitucional de Colombia en la sentencia No, C-125/2003.

118 María Lourdes Ramírez Torrado, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano”, (Bogotá, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010) pág.163

119 *Ibidem* pág. 164.

120 Corte Constitucional de Colombia en la sentencia No, C-181/2002.;

121 Agustín García Ureta. “Circunstancias modificativas de la responsabilidad”. En: “Ley de la potestad sancionadora. Comentario sistemático”. Bilbao, Lete, 2006, pág.172

Esos parámetros legales dados por el legislador son sin duda una herramienta útil para la autoridad administrativa, pues en el evento de enfrentarse a un procedimiento administrativo sancionador, su trabajo se facilita pues solo debe determinar si la conducta encaja en la infracción y en caso de serlo, debe encuadrar esa conducta en la categoría de la infracción que le corresponda. Inmediatamente procederá a determinar el tipo de sanción que le corresponde a la infracción, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad y los criterios de la ponderación<sup>122</sup>.

Esta herramienta es tan importante que algunos autores afirman que debe estar totalmente prohibido que las leyes no contemplen la escala antes referida. Así, Gómez de Mercado ha sostenido que: *“no basta con una simple previsión genérica de sanciones posibles sino que es necesaria una correlación precisa entre las infracciones y las sanciones que correspondan, vedando el que, dadas unas infracciones y sin graduación de éstas, se deje abierta a la autoridad sancionadora la elección entre un catálogo de sanciones genéricamente previstas”*. Ya que se podría generar el inconveniente que manifiesta Santamaría Pastor, esto es *“que dos conductas idénticas podían ser teóricamente reprimidas con multas de muy diverso volumen”*<sup>123</sup>.

En uso de esa libertad de que goza el legislador, podría ocurrir que no se guardara el equilibrio entre las infracciones y las sanciones, lo que daría lugar a que el apartado de la norma en cuestión se retire del ordenamiento jurídico. Esto debido a que lo que pretende el principio es que la infracción y la sanción contemplada en la norma no satisfagan exclusivamente las exigencias derivadas del principio de legalidad, sino que además se limiten los posibles excesos en que pueda incurrir el legislador al momento de redactar la norma, no obstante por mandato constitucional equipararlas es una tarea que le corresponde al órgano constitucional<sup>124</sup>.

Así lo establece Juan Antonio Lascurain, al señalar que: *“al juez constitucional supervisar si el legislador ha cumplido el contenido mínimo de proporcionalidad que un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe, un atentado contra el*

---

122 Francisco García Gómez de Mercado, “Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable”. (Granada, Comares, 2007) pág. 163.

123 Juan Alfonso Santamaría Pastor, “Principios de derecho administrativo general”, (Tomo II. Madrid, Iustel, 2004), pág. 395.

124 Artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- “El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”.

*valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa de la dignidad de la persona. Sólo se constatará este sacrificio cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”<sup>125</sup>.*

### **2.5.2. Juicio de proporcionalidad que realiza la autoridad administrativa.-**

El segundo momento en que puede ser enfocado este principio demanda que, en el seno de la actuación de la Administración, exista siempre una adecuación de comportamiento de la autoridad administrativa con los fines que le impone el ordenamiento jurídico, en razón de que *“el poder que se reconoce a la administración, para la aplicación de estas normas, no es ilimitado y discrecional, pues, la función sancionadora debe ejercerse dentro de los límites de la equidad y la justicia”<sup>126</sup>.*

Tal como ocurre con el legislador, el respeto y la observancia del principio de proporcionalidad y su ejercicio efectivo por parte de la autoridad administrativa sancionadora, también se manifiesta de dos momentos: un primer momento al instante de realizar la adecuación y la decisión de la sanción a imponer por parte de la autoridad administrativa, y un segundo momento en el momento efectivo de la imposición de la sanción<sup>127</sup>.

En el primer momento, la autoridad administrativa que conoce de la conducta infractora debe tener en cuenta si la norma le da pautas para calificar la acción u omisión en mención, y si le entrega lineamientos precisos para definir las sanciones a imponer<sup>128</sup>. En la hipótesis en que exista una descripción típica y una sanción, directa y expresa por parte del legislador, la autoridad administrativa no tendrá mayor margen para realizar el juicio de proporcionalidad, pues le estará permitido solamente cumplir con las disposiciones legales contenidas en la norma<sup>129</sup>.

---

125 María Lourdes Ramírez Torrado, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano”, (Bogotá, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010), pág. 164

126 *Ibidem*, pág. 164 y 165.

127 *Ibidem*, pág. 165

128 *Ibidem* pág. 162.

129 *Ibidem* pág. 167, cita a la Corte Constitucional de Colombia la que en su sentencia No. C-507/2006 a este respecto ha señalado: “El investigador disciplinario no es libre de calificar a su buen parecer las faltas que así se

A este respecto la Corte Constitucional colombiana ha realizado una interpretación conjunta del principio de legalidad y del principio, para lo cual ha señalado que: *“en las circunstancias en que exista una escala para calificar la infracción y la sanción en la ley, se debe estar al tenor de la disposición legal -consecuencia del respeto del principio de legalidad-, siendo imperativo que la autoridad administrativa las califique de acuerdo con los parámetros allí establecidos, todo lo anterior lleva a que las sanciones son el fruto de un acto reglado y no de la libre elección de la Administración, lo que implica, a su vez, que la Administración debe situarse rigurosamente en el límite de la norma autorizante y obrar prudentemente, con el albedrío de la discrecionalidad racional que le brinda la ley al momento de aplicar la sanción correspondiente”*<sup>130</sup>.

Pero también puede suceder, que el legislador no haya sido tan preciso y le haya otorgado un margen de apreciación a la autoridad administrativa para que, siguiendo su criterio, determine la conducta y la sanción a imponer. Ramírez Torrado, afirma que en este supuesto, la autoridad administrativa dispone de un amplio campo para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad.

El segundo momento se relaciona con la imposición de la sanción<sup>131</sup>. En este momento, la autoridad administrativa debe estar a las consecuencias del respeto del

---

configuren sino que debe atenerse estrictamente a los criterios señalados por el Legislador extraordinario así como a los presupuestos generales que orientan el ejercicio de la función disciplinaria”.

130 *Ibíd*em pág. 169 cita a la Corte Constitucional de Colombia al indicar: “En este evento, aun cuando el legislador no haya previsto un cuadro de dosimetría punitiva, no impide que la autoridad administrativa no deba aplicar el principio en mención. Así las cosas, la ausencia de criterios legales no autoriza a la Administración a imponer sanciones arbitrarias”. En palabras de la Corte Constitucional, C-738/2006: “La apreciación del operador sancionatorio al momento de decidir sobre la aplicación de la multa no es una figura ajena al ordenamiento jurídico y, por tanto, no puede ser descalificada por el hecho de que los criterios de graduación no estén taxativamente indicados en la ley. (...) En últimas, aunque el legislador ejerce con amplia competencia la función de diseñar los procedimientos administrativos y judiciales, la observancia de la realidad fáctica y jurídica sometida a regulación constituye una exigencia de la normativa que garantiza, entre otras, la legitimidad constitucional del procedimiento”. 68 C-125/2003-69 C.

130 María Lourdes Ramírez Torrado, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano”, (Bogotá, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010), pág.168.

131 *Ibíd*em pág. 169 cita a la Corte Constitucional de Colombia al indicar: “En este evento, aun cuando el legislador no haya previsto un cuadro de dosimetría punitiva, no impide que la autoridad administrativa no deba aplicar el principio en mención. Así las cosas, la ausencia de criterios legales no autoriza a la Administración a imponer sanciones arbitrarias”. En palabras de la Corte Constitucional, C-738/2006: “La apreciación del operador sancionatorio al momento de decidir sobre la aplicación de la multa no es una figura ajena al ordenamiento jurídico y, por tanto, no puede ser descalificada por el hecho de que los criterios de graduación no estén taxativamente indicados en la ley. (...) En últimas, aunque el legislador ejerce con amplia competencia la función de diseñar los procedimientos administrativos y judiciales,

postulado de proporcionalidad, pues la sanción administrativa no puede resultar excesiva en rigidez, frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco, carente de importancia frente a esa misma gravedad, ya que el principio busca que la autoridad se esté a las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción, limitando con ello el poder del funcionario administrativo para la imposición de la sanción y obligándolo, en todo momento, a cumplir con lo prescrito por la ley<sup>132</sup>.

La autoridad debe recordar que el principio de proporcionalidad busca que su decisión esté a las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción y lo obliga a dictar la sanción estrictamente conforme con lo prescrito en la ley<sup>133</sup>. Pero el respeto del principio de proporcionalidad por parte de la autoridad administrativa implica además motivar sus decisiones, que comporta determinar las razones por las que adopta la decisión. A este respecto, la Corte Constitucional ha establecido que una resolución se encuentra debidamente motivada, si la autoridad la fundamenta de manera razonable, lógica y comprensible.

La razonabilidad se refleja en el uso de los principios constitucionales y legales, es decir en el derecho; la lógica, en la debida coherencia entre las premisas y la conclusión; y la comprensibilidad en la claridad del lenguaje utilizado a efectos de ser entendible por los ciudadanos<sup>134</sup>. Por consiguiente, el respeto del principio de proporcionalidad por parte de la autoridad administrativa, se evidencia cuando la autoridad administrativa justifica su decisión expresando cuáles fueron las circunstancias fácticas y los presupuestos normativos que consideró para la imposición de la sanción en cuestión<sup>135</sup>.

En conclusión, el principio de proporcionalidad es un postulado que rige en la actividad sancionadora de la administración y tiene como fin limitar los excesos en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Para tal efecto, es a través del test de proporcionalidad que se puede determinar si la actuación sancionadora respeta o no el postulado en cuestión.

---

la observancia de la realidad fáctica y jurídica sometida a regulación constituye una exigencia de la normativa que garantiza, entre otras, la legitimidad constitucional del procedimiento". 68 C-125/2003-69 C.

132 Miguel Sánchez Morón, "Derecho Administrativo". Parte General, Segunda edición, Madrid, Tecnos, 2006), pág., 669.

133 María Lourdes Ramírez Torrado, "Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano", (Bogotá, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010), pág.168

134 Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, en la sentencia No. 227-12-SEP-CC.

135 Jesús González Pérez, "Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común", Pamplona, Civitas, 2007, pág. 287.

Por otra parte, en el estudio de este principio dos son los momentos que se deben tener en cuenta para su análisis<sup>136</sup>.

Así, este principio no sólo debe ser respetado por el legislador al momento de la redacción del apartado sancionador de cualquier tipo de norma, sino que también debe ser observado por la autoridad administrativo cuando impone una sanción administrativa, so pena de desconocer su contenido.

## **2.6 El principio de proporcionalidad en el Procedimiento Administrativo Sancionador.-**

En el caso de las sanciones administrativas, en cuyo ámbito se afectan legítimamente derechos del ciudadano, representa un ámbito muy especial en el que debe verificarse de forma especial el principio de proporcionalidad. Al ser el proceso administrativo sancionador un procedimiento analítico que concluye en una decisión determinada, el empleo de un elemento ponderativo dentro de este procedimiento es indispensable desde el momento en que la autoridad administrativa decide iniciarlo, y luego de efectuar una ponderación de los intereses de los intereses y derechos en conflictos, adopta una decisión que ostente condiciones de racionalidad que la justifica, que no se trata de una acción caprichosa o arbitraria, sino que responde a lo previsto en el ordenamiento jurídico, y también, al sentido común y a los valores vigentes<sup>137</sup>,

Bajo estos presupuestos, el principio de proporcionalidad resulta plenamente aplicable en el proceso sancionador, ya que permite evaluar los elementos propios del caso en concreto (afectación del interés y conocimiento del caso). No obstante, hay que tomar en cuenta que cuando la norma (cualquiera sea su nivel) ha previsto una consecuencia específica para determinado acto infractor, la aplicación del principio de proporcionalidad se vuelve innecesaria ya que se trataría de un caso de subsunción. Debe tenerse en cuenta que la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la medida sancionatoria no es directa, ya que el mismo implica la evaluación de dos posiciones contrapuestas a efectos de saber cuál de las dos debe ser preferida por el órgano decisor.

---

136 *Ibíd*em, pág. 288.

137 Linares Quintana, "Derecho Constitucional e instituciones políticas". (Buenos Aires: Plus Ultra, 1981), pág.

Además, puede aplicarse como un juicio ex post, es decir, cuando el principio de proporcionalidad se aplica a casos ya resueltos<sup>138</sup>.

Para efectos de utilizar principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción administrativa, en el contexto de un juicio ex ante, los sub principios que lo integran, deberían ser despejados antes a efectos de que se prevea si la sanción de la conducta sancionable, no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas. Por otro lado, se debe considerar que la mayoría de las normas administrativas que establecen sanciones tienen la siguiente estructura:

- Si se verifica que el agente ha incurrido en una infracción administrativa leve, la sanción a imponerse puede ser de amonestación o multa;
- Si se verifica que el agente ha incurrido en una infracción administrativa grave, en esos casos la sanción a imponerse será de inhabilitación o suspensión temporal; y,
- Si se verifica que el agente ha incurrido en una infracción administrativa gravísima, entonces debe afectarse uno de sus derechos en una magnitud indeterminada, que a su vez deberá ser determinada entre ciertos rangos por la autoridad administrativa según la gravedad de la infracción<sup>139</sup>.

Como se aprecia, en este esquema de sanciones administrativas la autoridad administrativa sancionadora deberá escoger una de entre las muchas posibilidades que le permitiría la indeterminación legal. A pesar de ello, no podrá pensar en estos casos, que por la forma de la estructura de la norma sancionatoria está ante un caso de subsunción, ya que como Robert Alexy lo señaló en su momento, el razonamiento ponderativo es “no-monofónico”<sup>140</sup>. En consecuencia, la cuestión de cómo ha de determinarse la sanción, estará ligada indefectiblemente a la temática de la ponderación, es decir, que la sanción que se aplique deberá articular una serie de intereses y derechos en conflicto

---

138 Carlos Bernal Pulido, “El derecho de los derechos”, (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005). Pág. 135.

139 Alejandro Huergo Lora, “Las sanciones administrativas”. (Madrid, Iustel, 2007), pág. 32 y ss.

140 “El razonamiento no-monotónico es opuesto al razonamiento monotónico, por el que se entiende al razonamiento cuya corrección se basa en la lógica, éste es caso de la subsunción. La característica de este tipo de razonamientos es la monotonicidad, que es la propiedad lógica por la cual la conclusión de un razonamiento no varía sin importar el número ni la calidad de las premisas que se añadan. Sin embargo, esto no ocurre con el razonamiento no-monotónico y la ponderación es una especie de esta clase. Robert Alexy, “Sobre la Ponderación y la Subsunción. Una Comparación Estructural” (Apartado V, publicado en el Número 9 de la Revista Foro Académico, 2009.-Traducción.de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989), págs. 219 y 285.

Según la teoría de Robert Alexy, dicha articulación puede hacerse de forma satisfactoria empleando la denominada Fórmula del Peso, la cual al ser aplicada constituirá la razonabilidad misma de la decisión administrativa. La metodología para aplicar esta Fórmula del Peso, comprende en primer lugar, identificar las premisas con las que se debe efectuar la ponderación. Esta fase es de suma importancia, puesto que el resultado de la ponderación depende de cuáles sean las premisas, en consecuencia, de acuerdo a la teoría de Alexy resulta necesario determinar las razones por las que la autoridad elige determinadas premisas, sin embargo las mismas dependerán del caso concreto.

Una vez identificadas las premisas, le corresponde a la autoridad medir los grados de interferencia y de importancia de protección de los derechos o intereses, una vez que la autoridad los ha determinado, deberá confrontarlos a fin de determinar el grado de afectación de los mismos, esto el mayor o menor grado de afectación. Entonces, de acuerdo a la teoría de Alexy, para efectuar la evaluación de los derechos en conflictos, la autoridad administrativa debe aplicar la denominada Ley de la Ponderación y su Fórmula del Peso<sup>141</sup>.

La dinámica se repite a la hora de determinar la sanción administrativa, en este caso la autoridad debe analizar si la sanción es directamente proporcional a los intereses afectados, deberá considerar la gravedad de su antijuricidad y al conocimiento que tiene respecto de la sanción a imponer, todo esto con el fin de que la sanción administrativa cumpla con el principio general de la proporcionalidad. La autoridad administrativa a la hora de imponer la sanción debe verificar si el agente ha incurrido en una infracción administrativa, en ese caso deberá afectar su derecho, que deberá ser determinada entre ciertos rangos por la autoridad administrativa.

Definida la sanción la autoridad emitirá su resolución, es la actuación administrativa más importante del procedimiento, la encargada de garantizar los derechos fundamentales y principios constitucionales de los administrados. La resolución debe estar fundamentada en el ordenamiento jurídico administrativo y señalar expresamente la existencia o inexistencia de la comisión u omisión de la infracción por responsabilidad administrativa en el ejercicio de la función, determinando la imposición de sanción conforme al principio de razonabilidad y proporcionalidad.

---

141 Robert Alexy, "Sobre la Ponderación y la Subsunción. Una Comparación Estructural" (Apartado V, publicado en el Número 9 de la Revista Foro Académico, 2009.-Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989), pág. 285.

**CAPITULO TERCERO**  
**ANALISIS DEL REGIMEN ESPECIAL EN EL PROCEDIMIENTO**  
**DISCIPLINARIO PARA LA FUNCION JUDICIAL**

**3.1 Organización de la administración de justicia en el Ecuador conforme a la Constitución del 2008.-**

Se conoce, que con la entrada en vigencia de la Constitución de la República, que fue aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008 y promulgada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, se inició un proceso de cambios profundos a su organización y funcionamiento. Así por ejemplo, como parte de este cambio, profundas transformaciones se empiezan a dar dentro de la Función Judicial, esta situación dio lugar a que con urgencia dentro del ordenamiento jurídico se dicte una ley que estableciera los principios, sentara las bases de la organización de los diferentes organismos que integran la Función Judicial y determinara las normas a las cuales han de someter su actuación quienes intervienen en el proceso judicial, igualmente considerado como una unidad<sup>142</sup>.

Como resultado de los cambios introducidos por la Constitución del 2008, la estructura de la Función Judicial: se modifica, pues a ella se integran órganos como la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública y el Consejo de la Judicatura se convierte en el órgano de gobierno de toda la Función. El fin de este nuevo esquema, era sin duda hacer realmente efectivos los derechos de los justiciables y dar vida a los principios constitucionales que rigen la actividad de la Función Judicial y los que informan la sustanciación de los procesos<sup>143</sup>.

En atención al nuevo esquema diseñado por la Constitución de la República, la Función Judicial se encuentra conformada por un grupo de órganos jurisdiccionales, autónomos y auxiliares, que, en rigor, forman un sistema articulado que garantiza a la población el derecho de acceso a la justicia. Cada uno de estos órganos ejerce competencias específicas que en su conjunto conforman la función judicial. Esto significa que ninguna

---

142 Santiago Andrade Ubidia, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Miguel Carbonell Editor, Quito, V&M Gráficas, 2008, pág. 4

143 *Ibidem*, pág. 29

autoridad perteneciente a las de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria. Para evitar discusiones que se dieron en el pasado, en el Código se tuvo o especial cuidado en precisar cuáles que órganos ejercen el poder jurisdiccional, cuales son de carácter autónomo y que órgano ejerce la facultad administrativa. Respecto de los órganos jurisdiccionales, el artículo 170 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que son los encargados de administrar justicia y hacer ejecutar lo juzgado en conformidad con la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley. Por tanto, serán los jueces y juezas de juzgados, tribunales y cortes en el país los responsables de administrar justicia y cuidar el debido proceso<sup>144</sup>.

Según la nueva estructura institucional a los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial les corresponde entre otras: Administrar justicia, aplicando la norma jurídica pertinente; resolver los asuntos sometidos a su consideración con estricta observancia de los términos previstos en la ley; cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios; velar por una eficiente aplicación de los principios procesales; propender a la unificación del criterio judicial sobre un mismo punto de derecho; motivar debidamente sus resoluciones; velar por el pronto despacho de las causas de acuerdo con la ley; vigilar que las servidoras y los servidores judiciales y las partes litigantes que intervienen en los procesos a su conocimiento, cumplan fielmente las funciones a su cargo y los deberes impuestos por la Constitución y la ley.<sup>145</sup>

Igualmente, les corresponde disponer la comparecencia de las partes procesales por medio de la fuerza pública; procurar la celeridad procesal, sancionando las maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales o sus abogadas y abogados; ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad; salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes en cualquier estado del proceso<sup>146</sup>.

De acuerdo al artículo 191 de la Constitución, a la Defensoría Pública le corresponde garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su

---

144 Leer al respecto el artículo 170 del Código Orgánico de la Función Judicial.

145 Leer al respecto el artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial.

146 Artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial

estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

Debe ofrecer servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias, instruir a la persona acusada, imputada o presunta infractora sobre su derecho a elegir una defensa privada, garantizar la defensa pública especializada para las mujeres, niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas; es parte integral del sistema penal, sin defensor las audiencias no pueden realizarse por tanto su integración al sistema fue fundamental para garantizar este servicio<sup>147</sup>. Es un órgano consolidado como autónomo y se desarrolla para garantizar como lo exige la Constitución el patrocinio judicial en todas las materias e instancias a las personas de escasos recursos<sup>148</sup>.

Una de las cuestiones más notables que se dieron en el proceso de transformación de la Función Judicial, es que la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial le entregan al Consejo de la Judicatura la potestad para gobernar la administración de los servicios de justicia, ejercer el control disciplinario, ser la responsable de la implementación y mantenimiento de la carrera y escuela judicial, el diseño y regulación de planes operativos, metas e indicadores de gestión y desempeño, del mantenimiento de infraestructura física y tecnológica, que deben ser realizadas por el órgano de gobierno y administración de la función judicial.

Adicionalmente, al Consejo de la Judicatura se le entregó la facultad dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como también su evaluación, ascensos y sanción. civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, es decir que ningún servidor judicial está exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, además de ser responsables administrativamente, así se encuentra contemplado en el artículo 117 del Código Orgánico de la Función Judicial, al establecer que al término del sumario administrativo si la autoridad provincial no es competente para imponer la sanción que corresponda, enviará el expediente del sumario al Pleno del Consejo de la Judicatura.

---

147 Leer al respecto el artículo 191 de la Constitución de la República

148 Leer al respecto el artículo 285 y siguientes del Código Orgánico de la Función Judicial.

### 3.2 El régimen disciplinario aplicable a los servidores judiciales.-

La disciplina, que sujeta a los individuos a unas determinadas reglas de conducta - "Observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o Instituto", según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es elemento necesario en toda comunidad organizada; factor esencial de su funcionamiento; presupuesto y requisito de su operatividad y eficacia, todo lo cual explica la existencia de regímenes disciplinarios tanto en las instituciones públicas como en las privadas<sup>149</sup>. Más, en lo que concierne al Estado, no podría alcanzar sus fines, si careciera de un sistema jurídico arreglado para controlar el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas.

La jurisprudencia constitucional colombiana asegura que el derecho disciplinario, está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan. Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye derecho sino que es ante todo deber del Estado. Significa, que el derecho disciplinario es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas<sup>150</sup>.

En lo referente a las faltas disciplinarias afirma que estas son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas.

Según lo dispuesto en el artículo 233 de la Constitución de la República "*Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados*

---

149 Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia No. C-417/93

150 *Ibidem*.

*en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”*

Esto quiere decir que, en lo que atañe al campo disciplinario aplicable al servidor público, se es responsable tanto por actuar de una determinada manera no querida por el legislador (conducta positiva) como por dejar de hacer algo que debería hacerse según los mandatos de la ley (conducta negativa u omisión), siempre y cuando se establezca la culpabilidad del sujeto.

No obstante, la misma Corte ha señalado que la aludida responsabilidad guarda relación con la existencia de límites a toda función pública, los cuales están orientados por el postulado de su previa determinación y son propios del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, toda vez que él implica el sometimiento de los particulares y de los servidores públicos a unas reglas generales y abstractas que impidan su comportamiento arbitrario. De allí que no haya empleo público que no tenga funciones detalladas en la Constitución, la ley o el reglamento<sup>151</sup>

La actividad judicial o la administración de justicia, cuyo principal objetivo es la pacífica resolución de los conflictos generados dentro de la vida en sociedad, es una de las tareas básicas del Estado, según lo advirtieron desde tiempos remotos los pensadores de las distintas civilizaciones, y se acepta sin discusión en las sociedades contemporáneas, o al menos en todas aquellas que pudieran considerarse democráticas. La sin igual importancia de esta función es tal, que las personas o funcionarios a cuyo cargo se encuentra constituyen una de las ramas del poder público que históricamente, pero sobre todo en las épocas más recientes, conforman los Estados<sup>152</sup>.

Según se ha reconocido también, la autonomía e independencia de la rama judicial respecto de las otras ramas, así como la de cada uno de los funcionarios que la conforman, es condición esencial y necesaria para el correcto cumplimiento de su misión. Quiere decir, que los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia.

---

151 Corte Constitucional de Colombia en su sentencia No. T-238-11

152 *Ibíd.*

No obstante, es claro que sus actuaciones deben enmarcarse dentro del orden jurídico, y por lo mismo, se encuentran sujetas a un control disciplinario externo. Así, lo precisa, la Constitución de la República, en su artículo 181 numeral 3 al prever como una de las funciones del Consejo de la Judicatura *“Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como, su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas.”*, regla que es reiterada por lo previsto en el artículo 114 del Código Orgánico de la Función Judicial y el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, el cual en concordancia con la norma constitucional y legal establece que la Potestad disciplinaria, consiste en *“la potestad autónoma, de conocer y sancionar toda acción u omisión que se encuentre determinada como infracción disciplinaria en el ordenamiento jurídico vigente”*<sup>153</sup>.

Como es obvio, esta regla general permite que en situaciones en las que la discrecionalidad judicial se transforme en arbitrariedad y/o se emitan decisiones que desatiendan o contraríen textos legales cuya claridad no admita interpretación razonable, pueda la autoridad disciplinaria, cuestionar esos contenidos, sin embargo, sobre este aspecto la Corte Constitucional de Colombia ha considerado prudente aclarar que: *“La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno. Si se comprueba la comisión de un delito al ejercer tales atribuciones, la competente para imponer la sanción es la justicia penal en los términos constitucionales y no la autoridad disciplinaria”*<sup>154</sup>

Sin embargo, respecto de las condiciones bajo las cuales es procedente una sanción disciplinaria, es el Código Orgánico de la Función Judicial el cuerpo legal que determina en este caso, las prohibiciones, sanciones y suspensiones aplicables a los servidores judiciales, las mismas que se justifican y tienen su razón de ser en pro de la correcta labor de la Función Judicial.

---

153 Artículo 5 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura.- Potestad disciplinaria: “Consiste en la potestad autónoma, de conocer y sancionar toda acción u omisión que se encuentre determinada como infracción disciplinaria en el ordenamiento jurídico vigente”.

154 Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia No. C-417-1993.

Entre las prohibiciones establecidas encontramos: 1. Desempeñar más de un cargo o puesto en el sector público simultáneamente, a excepción de la docencia universitaria que se la realizará siempre fuera del horario de trabajo; 2. Discriminar a sus compañeros, inferiores jerárquicos, o a los usuarios del servicio; 3. Retardar o denegar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que esté obligado; 4. Abandonar injustificadamente el trabajo; 5. Incurrir en faltas de puntualidad o asistencia al trabajo; 6. Realizar durante las horas de la jornada ordinaria de trabajo actividades ajenas al ejercicio de las funciones correspondientes a su puesto o cargo; 7. Ausentarse del lugar de trabajo sin autorización previa; 8. Participar en actividades que lleven a la interrupción o mengua de la prestación del servicio; 9. Tomar interés, directamente o a través de terceros en remates o ventas en pública subasta de bienes que se hagan en cualquier unidad judicial; 10. Celebrar contratos de cualquier clase con las personas que ante ellos litiguen.

11. Expresar su opinión, aun privadamente, o anticiparla en la causa que estuviere en su conocimiento; 12. Ejercer la libre profesión de abogado directamente o por interpuesta persona; 13. Facilitar o coadyuvar para que personas no autorizadas por la ley ejerzan la abogacía; 14. Recibir o reunirse, en las causas que esté conociendo, a una de las partes o a sus abogados, sin que haya sido notificada previamente la otra por medio de la secretaría de la judicatura, con una antelación no menor a cuarenta y ocho horas; 15. En el caso de jueces, fiscales y defensores, ordenar a las servidoras y servidores que pertenecen a la carrera administrativa, ejecutar funciones que les correspondan de forma exclusiva; 16. Actuar cuando sus intereses entren en conflicto con los de los organismos de la Función Judicial; y, 17. Las demás prohibiciones que establezcan la ley, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial y los reglamentos.<sup>155</sup>

Estas prohibiciones, sin duda constituyen garantías para los usuarios de la Función Judicial, quienes, en el caso de que se violenten sus derechos, tienen la posibilidad de presentar una queja ante la Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura, las mismas que de ser el caso podrán imponer la sanción correspondiente, en atención a las normas del debido proceso y en estricto cumplimiento del derecho a la defensa<sup>156</sup>. Los derechos de las

---

155 Artículo 103 del Código Orgánico de la Función Judicial.

156 Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán, "La transformación de la Justicia", (1ra edición, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas), 2009, pág.. 19

personas, frente a una mala actuación del servidor judicial, no eran claras en el antiguo ordenamiento. Si bien se establecía la competencia de la Corte Suprema como órgano de control para imponer sanciones disciplinarias, los miembros de este órgano judicial pasaban a tener un conflicto de interés muy claro en el tema, ya que no se constituían en un organismo imparcial para el efecto<sup>157</sup>.

Por otro lado, se establece la figura de la suspensión la misma que deberá tramitarse a través de un procedimiento regulado en el mismo Código, y ante la misma Dirección Regional. El trámite establece un debido proceso con la necesidad de que la resolución de suspensión que no podrá ser inferior a treinta días ni mayor a un mes, dependiendo de la gravedad de la falta y siempre con la posibilidad de apelar ante el Pleno del Consejo de la Judicatura<sup>158</sup>.

Así mismo, en el Código se establecen responsabilidades administrativas, sanciones leves, graves y gravísimas para todas las servidoras y servidores judiciales, sea que pertenezcan a las carreras Judicial, Fiscal, de la Defensoría Pública, incluida la división administrativa. Ello permite, a los usuarios de la función judicial utilizar estas garantías en caso de que los funcionarios de estas carreras cometan alguna de estas infracciones y que puedan provocar un perjuicio para el profesional y su defendido. No obstante, existe también la posibilidad de que dichas herramientas se puedan mal utilizar, por lo que entonces existirá sanción para éstos en el caso de ratificarse la inocencia del servidor y de calificar la queja o denuncia como maliciosa o temeraria, por lo que se les impondrá una multa.

Con ello observamos medidas de vigilancia y disciplina para todo el sector y sus actores. Así encontramos también la potestad que juezas y jueces poseen en pro de la celeridad procesal, por lo que podrán sancionar las maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales o sus abogadas y abogados.

### **3.3 El principio de proporcionalidad y su importancia en la determinación de las sanciones administrativas a ser impuestas a los servidores judiciales.-**

---

157 Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán, "La transformación de la Justicia", (1ra edición, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas), 2009, pág. 19

158 *Ibidem*, pág. 20

Dentro de las disposiciones que regulan la actividad de los agentes de justicia, las prohibiciones y el régimen disciplinario son parte de las cuestiones que se encuentran perfectamente bien definidas en el Código Orgánico de la Función Judicial. Así por ejemplo, dispone que la determinación de las sanciones por las faltas de carácter administrativo cometidas por los servidores judiciales procedan de conformidad con lo establecido en dicho cuerpo legal<sup>159</sup>. En cuanto a las prohibiciones, el COFJ destaca ciertas conductas que en el ejercicio de la función judicial han sido una constante entre los servidores/as judiciales. Por ejemplo, ausentarse del lugar de trabajo sin justificación, o realizar actividades ajenas al ejercicio de las funciones correspondientes al puesto o cargo en las instalaciones de la Función Judicial; recibir a una de las partes sin que la otra haya sido notificada previamente; o abstenerse de actuar cuando exista conflicto de interés con el de la Función Judicial<sup>160</sup>.

Por otra parte, establece con mucha claridad, *“cuáles son las conductas que merecen amonestación por escrito o sanción pecuniaria, cuáles son susceptibles de suspensión, y cuáles deben ser castigadas con destitución; determina circunstancias constitutivas y establece quiénes están legitimados para denunciar una conducta indebida”*<sup>161</sup>. En el análisis *ut supra* quedo señalado que el ejercicio de la potestad sancionadora se traduce en el poder de sancionar las infracciones de los agentes de la Administración por faltas en el ejercicio de sus funciones, mediante un procedimiento legalmente establecido, destinado a calificar las fallas e imponer las sanciones al servidor público responsable<sup>162</sup>.

Para el caso de los servidores judiciales la imposición de una sanción depende de la concurrencia de ciertas circunstancias. A criterio del legislador la gravedad de la conducta; la naturaleza esencial del servicio; el grado de perturbación del servicio la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado; las circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el servidor o de la que se derive de la

---

159 Artículo 90 del Código Orgánico de la Función Judicial.- “Las servidoras y servidores de la Función Judicial (...) No podrán ser removidos, suspendidos o destituidos en el ejercicio de sus funciones sino con arreglo a la ley”.

160 Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán, La transformación de la Justicia, (1ra edición, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas), 2009, pág. 17 y 18.

161 *Ibidem*, pág. 18 y 19.

162 Armin Von Bogdandy, El derecho administrativo en el espacio Jurídico Europeo, (Valencia, Aries Gráficas, 2013), pág. 264.

naturaleza del cargo o función; el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema<sup>163</sup>, constituyen los escenarios en virtud de los cuales la autoridad administrativa determina si falta disciplinaria cometida es leve, grave o gravísima.

Una vez que ha sido determinada y debidamente comprobada la falta disciplinaria le corresponde a la autoridad administrativa determinar de manera proporcional y razonada la sanción que va a aplicar, la misma que puede ir desde un llamado de atención a través de la sanción de Amonestación por escrito hasta la separación definitiva del servidor de la Función Judicial mediante la destitución del cargo.

### **3.4 El régimen de sanciones disciplinarias para los servidores judiciales según el Código Orgánico de la Función Judicial.-**

De acuerdo con la Teoría General del Derecho, la sanción es “(...) *la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado*”<sup>164</sup>. A efecto de mantener la observancia de las normas, reponer el orden jurídico violado y reprimir las conductas contrarias al mandato legal. Del concepto expuesto podemos afirmar que el fin que persigue la imposición de sanciones es:

- *“Mantener la observancia de las normas, en cuyo caso se obliga al infractor a cumplir con el mandato legal en contra de su voluntad, lo que constituye el cumplimiento forzoso.*
- *Cuando no es posible lograr de manera coactiva la realización de la conducta que dispone la norma, la sanción puede consistir en obtener del infractor una prestación económicamente equivalente a la obligación incumplida, en cuyo caso estaremos ante la reparación del daño o indemnización.*

---

163 Orlando Becerra Suarez, “El principio de Proporcionalidad”, revista Derecho Constitucional y Ciencia Política, Lima, 2012.

164 Eduardo García Maynez, “Introducción al Estudio del Derecho”, (México, Editorial Porrúa, 1974), pág. 294

➤ *Finalmente, cuando el daño causado sea irreparable, la sanción consistirá en un castigo que restrinja, la esfera de derechos del infractor, como la inhabilitación e incluso la destitución<sup>165</sup>”.*

La doctrina clásica clasifica las sanciones con diversos criterios, en materia administrativa la clasificación puede estar determinada por la naturaleza del órgano competente para su aplicación, que distingue entre las sanciones judiciales y las administrativas; la naturaleza de su contenido, que las agrupa en pecuniarias y restrictivas de derechos, la naturaleza de la obligación infringida, que las identifica como sanciones administrativas. Con base en los criterios expuestos, en materia de infracciones a la disciplina de la Función Judicial, las sanciones solo pueden tener como fin la reparación del daño y la restricción de la esfera de derechos del infractor, puesto que el incumplimiento que constituye la infracción es un hecho consumado, la lesión a los valores fundamentales de la función pública ya fue producida, por lo que el cumplimiento forzoso no puede ser impuesto como sanción del derecho disciplinario<sup>166</sup>.

Según la naturaleza del órgano competente para la aplicación de la sanción, la disciplinaria es una sanción administrativa, puesto que su determinación depende de una autoridad administrativa, la misma que impondrá la sanción en sede administrativa y conforme a procedimientos administrativo, independientemente de que la resolución que la contenga pueda ser impugnada en sede judicial y resuelta por la autoridad judicial, mediante sentencia, lo cual no cambia su original carácter administrativo.<sup>167</sup>

Por su parte, respecto de las sanciones administrativas aplicables por la comisión de infracciones a la disciplina de la función judicial, de acuerdo a su contenido las mismas pueden ser resarcitorias y restrictivas, y de acuerdo con sus efectos pueden ser correctivas, represivas y expulsivas. Para Dromi, son sanciones correctivas la amonestación, el apercibimiento, la multa, la postergación del ascenso, el traslado la retrogradación en el escalafón, la suspensión del cargo y la suspensión del sueldo o estipendio, en tanto que es

---

165 Fernando Garrido Falla, “Tratado de Derecho Administrativo” (Volumen II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986), pág. 206.

166 Fernando Garrido Falla, “Tratado de Derecho Administrativo” (Volumen II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986), pág. 207

167 *Ibidem*, pág. 208

expulsiva la destitución<sup>168</sup>. En tanto que para Bielsa las sanciones administrativas sólo son correctivas y expulsivas<sup>169</sup>.

Conforme a lo expuesto, cuando se trata de un infracción que afecta el ejercicio de una relación funcional, es decir que se produzca en el ámbito de las relaciones de servicio público entre el Estado y sus servidores, la sanción correspondiente, independiente de su naturaleza administrativa, tendrá la característica de disciplinaria, puesto que tiende a permitir el correcto funcionamiento del servicio en que se produzca. En este sentido, identificaremos el contenido de los artículos 105, 107, 108 y 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, los cuales se refieren a las infracciones administrativas que cometen los servidores judiciales en el ejercicio de su función y las sanciones aplicables a las mismas.

### **3.4.1 Amonestación por escrito o sanción pecuniaria.-**

La amonestación identificada en términos generales como una llamada de atención, como una advertencia o prevención ante la comisión de una actitud indebida. Se trata de una medida disciplinaria que tiene su origen en el Derecho Canónico, en donde se le identificaba como un remedio penal de índole preventivo a quien se halla próximo a cometer un delito o se sospecha que lo cometió<sup>170</sup>. Es decir, que constituye una sanción de orden disciplinario que permite a la autoridad administrativa observar o llamar la atención formal por escrito a un servidor por sus malas actuaciones. Es la sanción disciplinaria más leve que se puede imponer a un servidor, no obstante al constar por escrito, afecta la hoja de vida del servidor, ya que pasa a formar parte de su expediente<sup>171</sup>.

En el caso de los servidores/as judiciales, el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 105 y 107 contempla la amonestación escrita como una medida disciplinaria empleada para sancionar la comisión de faltas leves<sup>172</sup>, es decir, de aquellas faltas que si

---

168 Roberto Dromi, "Tratado de derecho administrativo", (Octava Edición, Ediciones ciudad Argentina) Buenos Aires), 1988, pág. 266

169 Rafael Bielsa, "Teoría General del Derecho Administrativo", (Buenos Aires, Volumen 1, J. Lajouane y cia, 1938 – Actualización, Universidad Austral, Buenos Aires, 2003), pág. 114.

170 Diccionario Jurídico Omeba, Tomo 1., Buenos Aires, 2009.

171 Linares Quintana, "Derecho Constitucional e instituciones políticas". (Buenos Aires: Plus Ultra, 1981), pág. 123

172 Artículo 107 Código Orgánico de la Función Judicial.- "A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer amonestación escrita o sanción pecuniaria, a juicio del sancionador, por las siguientes infracciones disciplinarias: Incurrir en tres o más faltas injustificadas de puntualidad o atrasos al trabajo, siempre que no excedan de cinco en un mismo mes, o tres o más abandonos de la oficina en horario de trabajo. 2. Recibir a una de las partes o a su defensor para tratar asuntos relativos a la causa, sin proceder en la forma prevista en el artículo 103 número 14, para que

bien implican el incumplimiento de las normas por parte del servidor, el grado de perturbación del servicio, la trascendencia social de la falta, no comporta perjuicio grave para la entidad.

Un aspecto de trascendental importancia para la imposición de la amonestación escrita, es que la misma debe contener de forma clara y puntual la falta que se le imputa al servidor, lo mismo que las consecuencias de incurrir en tales faltas, de modo que este tenga conciencia y claridad de las consecuencias de sus actos y decisiones, y de esa forma convertir la amonestación no sólo en un elemento sancionador sino educador, formador.

A fin de que garantizar los derechos constitucionales del servidor judicial la amonestación por escrito debe ser notificada por escrito, de preferencia en persona del servidor/a judicial, dentro del plazo previsto en el reglamento y de ser posible en presencia de otros servidores que acrediten el hecho, porque puede darse el caso que el servidor se niegue a recibir la notificación<sup>173</sup>. La notificación de la sanción impuesta permite al servidor judicial ejercer su legítimo derecho a la defensa, ya que puede contradecir los hechos que se le imputan; e incluso cuestionar las actuaciones institucionales respecto del cumplimiento de las normas constitucionales y legales para la imposición de la sanción.

Del contenido del artículo 107 se advierte que el propósito de la amonestación es hacer conciencia en el infractor de su conducta ilícita, sin perjuicio de establecer la advertencia de aplicarse una medida sancionatoria más drástica en el caso de reincidencia. Se trata de una sanción de orden privado, ya que la misma solo consta en el expediente del procedimiento sancionador, en el registro de sanciones, y en su caso en el expediente del personal sancionado, puesto que en razón del principio de seguridad jurídica, todos los

---

la otra parte pueda ejercer su derecho a concurrir a la audiencia. Esta disposición será aplicable únicamente a las juezas y jueces: 3. Desempeñar actividades extrañas a las funciones que le corresponden durante las horas de trabajo; 4. Agredir de palabra o por escrito a sus compañeros o a otros servidores de la Función Judicial o a los usuarios de los servicios de justicia, con ocasión del ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que los términos utilizados constituyan injuria grave, según el Código Penal; 5. Incurrir en negativa o retardo injustificado leve en la prestación del servicio que está obligado; 6. No remitir la información a la que está obligado el servidor o la servidora judicial; 7. Utilizar las instalaciones de trabajo para organizar reuniones o actos ajenos a su función; 8. Realizar actividades de compraventa de bienes o servicios en las instalaciones de trabajo; 9. Ocasionar daño leve a los bienes de la Función Judicial, particularmente los informáticos; y, 10. Haberse aceptado la recusación en un proceso por retardo injustificado en el despacho. La reiteración en cualquiera de estas faltas por tres ocasiones en el período de un año, será motivo de suspensión”.

173 Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán, “La transformación de la Justicia”, (1ra edición, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas), 2009, pág. 18.

procedimientos administrativos se realizan por escrito, además de que el propio Código ordena que la sanción constará por escrito y que se asentara en el registro respectivo<sup>174</sup>.

### **3.4.2 Sanción Pecuniaria.-**

Consiste en el pago de una multa como castigo por haber cometido una falta leve. La gravedad de la falta gradúa el monto de la multa es la sanción que permite la reparación del daño. En la doctrina administrativa se ha sostenido que la multa plantea entre otros inconvenientes es que afecta al patrimonio del servidor, que es poseído de forma muy desigual de forma que una misma multa supone una sanción menor para un servidor judicial con una remuneración inferior que a uno con una remuneración alta<sup>175</sup>. Es la sanción administrativa por excelencia<sup>176</sup>, por más que nuestro sistema permita o cuando menos considere otras alternativas como medidas sancionadoras en el ámbito administrativo.

Esta posición debería haber conducido a nuestro legislador y a nuestra doctrina a reflexionar sobre los inconvenientes de esta pena y a tratar de atajarlos asegurando una mejor adaptación de la misma a los principios constitucionales. Esta labor sin embargo no se ha realizado y, con carácter general, la sanción pecuniaria apenas ha evolucionado en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador en marcado contraste con la revolución que esta misma institución ha venido experimentando en el Derecho Penal, especialmente con la introducción de la figura de los días-multa. Igual que sucede con la amonestación escrita, la aplicación de este tipo de sanción es procedente ante la comisión por parte del servidor judicial de una falta leve. Conlleva el pago de una multa (dinero) equivalente al diez por ciento de la remuneración mensual del servidor<sup>177</sup>.

### **3.4.3 Suspensión del cargo.-**

---

174 Linares Quintana, "Derecho Constitucional e instituciones políticas". (Buenos Aires: Plus Ultra, 1981), pág. 123

175 Agapito Roca, L., "La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa", (Lex Nova, Valladolid, 2003), págs. 80 y 81; y, "El sistema de sanciones en el Derecho Penal español", (Bosch, Barcelona, 2007), pág. 269.

176 Eduardo García de Enterría, "El problema jurídico de las sanciones administrativas", REDA, 1976, págs.10, 399 y sigs.; y, pág. 420.

177 Artículo 107 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Como su nombre lo indica esta sanción implica el cese temporal de las actividades laborales del servidor. La suspensión de funciones consiste en una situación originada por la imposición de una sanción disciplinaria, quedando el servidor en la situación de suspenso, privado temporalmente del ejercicio de sus funciones y de los derechos inherentes a su condición de servidor. Se trata de una medida que dentro del procedimiento sancionador se aplica cuando a juicio de la autoridad la falta cometida afecta gravemente al orden instituido en la entidad

Según lo previsto en el COFJ un servidor judicial será sancionado con suspensión del cargo cuando se haya comprobado que la falta cometida es grave<sup>178</sup>. Se trata de una sanción que conlleva además el no goce de la remuneración mensual durante el periodo de la suspensión, salvo disposición en contrario debidamente motivada.

En relación a esta sanción el Código Orgánico de la Función Judicial determina que se podrá suspender temporalmente del cargo a un servidor judicial una vez que se haya determinado la responsabilidad del mismo dentro del respectivo sumario administrativo, el cual conforme lo dispone el Código en referencia puede iniciarse de oficio o por denuncia presentada en contra del servidor ante la Directora o el Director Provincial, o la Unidad de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura, los mismos que serán los encargados de establecer si el servidor o servidora judicial ha incurrido o no en una infracción disciplinaria sancionada con la suspensión del cargo<sup>179</sup>.

Se trata de una sanción que afecta directamente a la labor y a la economía del servidor/a judicial, ya que como se dijo anteriormente impide que el servidor desarrolle sus actividades laborales por el periodo de tiempo que dura la suspensión; y, porque evidentemente durante el periodo de suspensión el servidor dejara de percibir su

---

178 Artículo 108 del Código Orgánico de la Función Judicial.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer sanción de suspensión, por las siguientes infracciones: 1. Agredir de palabra o por escrito, siempre que los términos empleados constituyan injuria grave, según el Código Penal, o de obra a sus superiores o inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio; 2. Acudir en estado de ebriedad o bajo el efecto de sustancias estupefacientes al lugar de trabajo; o consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes en el lugar de trabajo; 3. Propiciar, organizar o ser activista en paralizaciones del servicio de justicia; 4. Causar daño grave en equipos, documentos, expedientes, enseres y demás bienes bajo su custodia, mantenimiento o utilización, sea por negligencia o por dolo; 5. Reincidir en la omisión del envío de la información a la que está obligado el servidor o la servidora judicial; 6. No firmar intencionalmente actas, providencias o diligencias judiciales; 7. Dejar caducar la prisión preventiva; y, 8. No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República; y, 9. Quien no notifique oportunamente providencias, resoluciones y actos administrativos, decretos, autos y sentencias. La reiteración de estas faltas por tres ocasiones en un período de un año, será motivo de destitución.

179 Art. 114 del Código Orgánico de la Función Judicial.

remuneración mensual. La severidad que acarrea esta sanción, obliga a que la autoridad que va a imponer la sanción debe observar detenidamente la gravedad de la falta en la que incurrió el servidor público, sus antecedentes y condiciones particulares, sus condiciones exteriores, los medios de ejecución de la falta, la antigüedad en el servicio, el nivel de reincidencia, el monto del beneficio si lo hubiere, el daño o perjuicio económico que hayan resultado del incumplimiento de sus obligaciones<sup>180</sup>.

Si a consecuencia de la actividad administrativa irregular se advierte algún tipo de responsabilidad penal, es obligación de la autoridad sancionadora remitir el expediente a la Fiscalía para las respectivas investigaciones, pues la responsabilidad administrativa no excluye a la responsabilidad civil y/o penal, sino que, por el contrario son concurrentes. Por otra parte, si la autoridad, al sancionar al servidor judicial determinó que esté, a consecuencia de su actuar irregular, causó daños y perjuicios económicos, deja abierta la posibilidad de que el particular acuda ante la autoridad judicial a efecto de que esta reconozca a su favor el derecho a ser indemnizado por el daño o perjuicio sufrido, el cual por ser económico, necesariamente será fijado en una cantidad líquida determinada. Cabe anotar que en caso de que el Estado cubra al particular el pago de la indemnización producto de una responsabilidad del servidor/a judicial; este, a su vez, tendrá el derecho de repetir en contra del servidor.

Es decir, que se trata de una medida disciplinaria que produce varios efectos para los servidores/as judiciales, entre los cuales podemos citar:

- a) No asistirán a su lugar de trabajo, ni ejercerán sus funciones durante el tiempo de la suspensión;
- b) No percibirán remuneración mensual unificada, durante el tiempo de la suspensión
- c) Habrá lugar al pago de aportes patronales al IESS, sin embargo, la o el servidor suspendido deberá efectuar de su propio peculio, el pago por concepto de aporte individual;
- d) El Estado no generará el pago de fondos de reserva por el período de la suspensión;
- e) El período de la suspensión no será considerado para el pago de la décima tercera remuneración y décima cuarta remuneración;
- f) El período de la suspensión no será considerado para la concesión de vacaciones;

---

180 Carlos Hugo Hernandez, "La prevalencia del amparo indirecto en materia administrativa", México, Porrúa, 2005, pág. 115

- g) El puesto podrá ser llenado provisionalmente, por el tiempo que dure la suspensión, si se presenta la necesidad institucional;
- h) No se considerará el período de la suspensión para efectos de devengación por formación o capacitación. No se autorizará el intercambio de puestos cuando uno de los servidores se encuentre suspendido.

Por la naturaleza de la sanción, la misma debe constar en la respectiva resolución, la cual quedará sujeta a impugnación mediante recurso administrativo, o impugnación en sede judicial.

#### **3.4.4 Destitución.-**

Se trata de una sanción disciplinaria que comprende la terminación de la relación laboral del servidor judicial con la Administración por la comisión de una falta calificada como gravísima mediante la desvinculación del cargo. Bajo esta condición procede retirar del servicio judicial a los servidores inscritos en la carrera judicial respecto de los cuales se determinó su responsabilidad durante el respectivo sumario administrativo<sup>181</sup>, siendo esta una de las condiciones esenciales previstas para que proceda la exclusión del servidor a través de la destitución del cargo<sup>182</sup>.

Es advertido dentro del ordenamiento jurídico que en general la destitución de un servidor público del ejercicio de su cargo implica no sólo que implica la terminación de su relación laboral con la Administración Pública, sino que además, trae consigo aparejada la inhabilidad del servidor para el desempeño de funciones públicas por un período de dos años<sup>183</sup>, no obstante en el caso de los servidores judiciales la inhabilidad será permanente si la destitución es dictada luego del correspondiente sumario administrativo por asuntos relacionados con una indebida administración, manejo, custodia o depósito de recursos

---

181 Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán, La transformación de la Justicia, (1ra edición, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas), 2009, pág. 19.

182 Artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial.

183 Artículo 15 de la Ley de Servicio Público.- “Del reingreso de la servidora o servidor público destituido.- La servidora o servidor público legalmente destituido no podrá reingresar al sector público en un período de dos años, contados desde la fecha de su destitución, pero su reingreso no podrá darse a la institución del Estado, de la que fue destituido”.

públicos, bienes públicos o por delitos relacionados con estos asuntos y de los cuales resulta afectado el patrimonio económico del Estado.<sup>184</sup>

Respecto de la imposición de esta medida conviene señalar que la misma no puede ser entendida de ninguna manera como una lesión al buen nombre del servidor judicial en tanto se trata de una sanción que fue impuesta luego del respectivo sumario administrativo en el cual se estableció que la conducta del servidor judicial daba lugar a su destitución. El artículo 109 del COFJ contempla taxativamente las faltas disciplinarias gravísimas, estableciendo que las mismas son sancionables con destitución cuando se haya comprobado que la falta fue cometida con dolo o culpa gravísima. La destitución implica la terminación de la relación del servidor público con la administración y por ende su desvinculación del cargo.

Es claro, que al establecer ciertas conductas como causales de destitución de los servidores judiciales, el objetivo del legislador era disuadir a estos servidores de efectuar ciertas conductas que por la gravedad de las mismas el interés jurídico protegido no es de carácter individual ni patrimonial, sino que se proyecta a toda la comunidad. Si analizamos en conjunto la norma, podemos evidenciar que el artículo 109 del COFJ contempla una serie de conductas que exigen del servidor judicial ser eficaz y eficiente en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, bajo estos presupuestos considera que la omisión o el incumplimiento de los deberes equivale a ejecutar la conducta que causa el daño<sup>185</sup>.

La norma también contempla que si el servidor judicial ha incumplido con el deber legalmente asignado la presunción de su responsabilidad administrativa surge como consecuencia inmediata, y con ella la posible determinación de responsabilidad de una falta disciplinaria, que puede conducir a la desvinculación del servidor judicial si dentro del sumario administrativo se llega a comprobar su responsabilidad<sup>186</sup>. La norma en cuestión exige al servidor judicial un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, tiene como finalidad encauzar su conducta mediante la imposición de deberes, con miras a

---

184 Artículo 49 de la Ley Orgánica de Servicio Público.- “Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, quien hubiere sido destituido luego del correspondiente sumario administrativo por asuntos relacionados con una indebida administración, manejo, custodia o depósito de recursos públicos, bienes públicos o por delitos relacionados con estos asuntos, quedará inhabilitado para el desempeño de un puesto público. En estos casos, la institución notificará con la resolución expedida dentro de correspondiente sumario administrativo al Ministerio de Relaciones Laborales y a los organismos de control”.

185 Artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial.

186 Miguel Carbonell, y Pedro Grández Castro, El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, (1ra edición, Lima, Palestra, 2010) pág. 163.

lograr el cumplimiento de los fines y cometidos del Estado y obtener el estricto cumplimiento del deber funcional por parte de la comunidad de servidores judiciales<sup>187</sup>.

Por ello, y ante al incumplimiento del deber funcional por parte del servidor judicial determina que conducta es objeto del reproche disciplinario y atenta contra el buen funcionamiento del servicio. Pero lo previsto en el artículo 109 del COFJ guarda estrecha armonía con el artículo 226 de la norma constitucional que establece que “*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)*”, y es que el servidor judicial como cualquier servidor público tiene el deber de cumplir con diligencia y eficiencia el servicio encomendado, absteniéndose de cometer cualquier acto u omisión que pueda causar la suspensión o perturbación injustificada del mismo.

Esta tarea de control de las actuaciones de los servidores de la Función Judicial si bien se encuentra perfectamente delimitada en el artículo 109 del COFJ sin embargo su ejercicio no es un trabajo sencillo para la autoridad sancionadora, ya que antes de imponer una sanción debe tener en cuenta si la voluntad del servidor es la causante del resultado lesivo, ello sin duda ha de repercutir en la dosimetría de la sanción y su consiguiente inhabilidad, además, conforme se señaló anteriormente la autoridad administrativa debe observar el principio de proporcionalidad.<sup>188</sup>

Por consiguiente, se establece que la sanción de destitución de un servidor judicial infractor tendrá plena justificación, precisamente si la autoridad al aplicar el test de proporcionalidad verifica que la sanción aplicable al hecho lesivo supera cada uno de los sub principios, pues el daño causado afecta el interés social y se traduce en altos costos a cargo del Estado para contrarrestarlo.

Un asunto importante que debe destacarse, es que se trata de una sanción que ha dado lugar a grandes controversias, particularmente porque se ha considerado que cuando la impone la autoridad administrativa se lesionan los derechos de los servidores judiciales. Se argumenta que la autoridad administrativa al momento de imponer la sanción de destitución debe considerar que los derechos de los servidores judiciales, igual que los

---

187 *Ibidem*, pág. 161 y 162.

188 Miguel Carbonell, y Pedro Grández Castro, *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, (1ra edición, Lima, Palestra, 2010) pág. 162.

derechos de los servidores de la función pública se encuentran protegidos por la Constitución de la República, por lo que estos derechos no pueden ser desconocidos<sup>189</sup>.

Sin embargo, los defensores de esta tesis no consideran que por mandato constitucional y legal el Consejo de la Judicatura se encuentra facultado para imponer las sanciones disciplinarias que requiera una administración eficaz y honrada, el mismo que al ser el órgano de control, es por tanto, el encargado de la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de los servidores judiciales. Por tanto, la imposición de la sanción de destitución constituye un acto de autoridad en todo el sentido de la palabra, es la expresión del poder que ejerce el Consejo de la Judicatura, en razón del ejercicio del poder de sancionador del Estado.

Conviene señalar en este punto que como todo acto de autoridad las sanciones disciplinarias se encuentran sujetas a los requisitos de fundamentación y motivación que la Constitución exige, y que al mismo tiempo tiene la característica de ejecutividad de los actos administrativos y por lo tanto quedan sujetos al régimen jurídico de estos. Significa, que la resolución que impone cualquier de las sanciones disciplinarias como acto administrativo, participa de las características de presunción de validez y de ejecutividad.

La validez, como presunción *iuris tantum* permite que el acto produzca sus efectos mientras no se demuestre que carece de alguno de los elementos exigidos por la ley, lo cual puede efectuarse mediante el recurso administrativo ante la misma autoridad, si así lo contempla la ley. Por su parte la ejecutividad del acto administrativo permite su eficacia sin necesidad de que una autoridad diferente lo califique, ya que la fuerza propia del acto autoriza su ejecución.

### **3.5 El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo disciplinario como antesala a la imposición de una sanción.-**

En términos generales cuando se habla del procedimiento disciplinario, se hace referencia a un proceso administrativo de orden interno que implica la regulación del ejercicio de los poderes disciplinarios de la Administración sobre sus funcionarios, en defensa del buen orden de la función pública. La sanción administrativa, como respuesta

---

189 Miguel Carbonell, y Pedro Grández Castro, El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo, (1ra edición, Lima, Palestra, 2010) pág. 164

del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no puede ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso<sup>190</sup>.

Por consiguiente, debe responder a criterios que aseguren los derechos de los administrados. En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una ley, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Igualmente, las sanciones allí previstas deben ser razonables y guardar proporcionalidad con las infracciones administrativas, a fin de evitar la arbitrariedad y limitar la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición.

Como se indicó, en el caso de los servidores judiciales es el Código Orgánico de la Función Judicial el cuerpo normativo que señala cuales son las conductas que deben ser consideradas como infracciones administrativas y cuáles son las sanciones aplicables a cada caso. Sin embargo, para que este régimen disciplinario sea viable se requiere de un procedimiento administrativo<sup>191</sup>.

En el presente caso, este se halla previsto tanto en el Código Orgánico de la Función Judicial, como en el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, pero es este último, el que determina cuales son las etapas del procedimiento administrativo; etapas en las cuales las partes que intervienen reciben en nombre de sujetos por tratarse de un fórmula de juzgamiento más corta que se sustancia en la vía administrativa.

Por otra parte, conforme lo previsto en la Constitución de la República, el Código Orgánico de la Función Judicial y el respectivo reglamento, el sujeto activo del procedimiento disciplinario o sea, quien ejerce la potestad de sancionar pueden ser dependiendo del caso el Pleno del Consejo de la Judicatura, el Presidente/a del Consejo de la Judicatura; el Director/a General del Consejo de la Judicatura; el Subdirector/a de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura; los Directores/as Provinciales; y, los

---

190 Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán, La transformación de la Justicia, (1ra edición, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas), 2009, pág. 16.

191 *Ibidem* 18 y 19.

Coordinadores de las Oficinas Provinciales de Control Disciplinario. En tanto que el sujeto pasivo será siempre el servidor judicial cuya conducta se va juzgar<sup>192</sup>.

Según el reglamento señalado *ut supra* el inicio del procedimiento administrativo tiene como principal objetivo establecer si se ha configurado una infracción disciplinaria. Su inicio puede ser de oficio o por denuncia o queja presentada dentro de los plazos previstos en el artículo 26 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura<sup>193</sup>.

En el caso de que no se cuente con la información suficiente para iniciar el sumario disciplinario, la autoridad competente puede disponer que se realice las investigaciones necesarias sobre los hechos presumiblemente constitutivos de una infracción disciplinaria, investigación que no podrá exceder el plazo de quince días transcurridos los cuales la unidad competente emite el informe correspondiente en el cual de ser el caso recomendará la instrucción del sumario disciplinario o el archivo definitivo del expediente investigativo.

En el caso de denuncia o queja previo a la instrucción del sumario disciplinario la autoridad competente dispondrá se realice el examen de admisibilidad de la denuncia o queja respectivo a fin de verificar si fue presentada dentro de los plazos y si cumple con los requisitos legales. Verificadas estas condiciones se da inicio al sumario, con la notificación del mismo al sumariado a fin de que lo conteste dentro del término de cinco días contados a partir de la fecha de la notificación. En la contestación, el sumariado debe anunciar las pruebas de descargo y acompañar los documentos y cualquier información que posea en defensa de sus derechos.

Con la contestación al sumario la autoridad sustanciadora dispondrá el inicio del término probatorio, periodo dentro del cual se deben actuar los elementos probatorios que se requieran para que sean incorporados al expediente. Concluido el periodo de prueba, la autoridad sustanciadora de creerlo necesario puede solicitar de oficio hasta antes de expedir el informe o la resolución la incorporación de nuevos documentos o la práctica de otras pruebas garantizando siempre el derecho de contradicción. En caso de no requerirse nuevos elementos probatorios, la autoridad competente en el término de quince días, expedirá de

---

192 Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán, La transformación de la Justicia, (1ra edición, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas), 2009, pág. 18 y 19.

193 Art. 26 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura.

manera motivada la resolución o el informe que corresponda en el ámbito de sus competencias<sup>194</sup>.

En caso de no existir conformidad con la resolución el servidor puede apelar la resolución, no obstante conviene aclarar que este procede únicamente contra las decisiones finales expedidas por las directoras o directores provinciales y Directora o Director General del Consejo de la Judicatura y de las decisiones que inadmiten a trámite la denuncia o queja. Concluido el sumario la resolución dictada debe ser ejecutada según el caso por las direcciones provinciales o la Subdirección de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura<sup>195</sup>.

Conviene recordar, que la autoridad administrativa sancionadora para la gradación de las sanciones debe considerar aspectos como la naturaleza de la falta; el grado de la participación del servidor; si existe reincidencia; si son varias las faltas cometidas; si se trató de una acción o una omisión; si existen agravantes o atenuantes, pero estos siempre que consten en el sumario disciplinario, ya que la autoridad solo puede resolver en función de lo actuado por los sujetos del procedimiento administrativo disciplinario .

---

194 Mauricio Oliveros, “Tesis doctoral”, (Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010), pág. 16.

195 Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán, La transformación de la Justicia, (1ra edición, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas), 2009, pág. 19.

## CONCLUSIONES

Del trabajo de investigación realizado son varias las conclusiones a las cuales he arribado al final del mismo, esas conclusiones son las siguientes:

➤ Que conforme al poder facultad que le asiste al Estado, la Potestad Sancionadora se erige como un referente necesario para el adecuado cumplimiento de sus fines y funciones; lo que sujeta al servidor con la amenaza de la sanción, cuando se aparten del mandato imperativo encarnado en el deber funcional, que les asiste obedecer y respetar.

➤ Que en la relación especial de sujeción está el origen de la responsabilidad exclusiva y excluyente del servidor judicial; determina a quiénes se aplica el Código Orgánico de la Función Judicial, colocando al servidor en una especial posición jurídica frente al Estado; facultando a éste para imponerles deberes y obligaciones objetiva y racionalmente construidos, teniendo como referente la amenaza de una sanción, que surge cuando se les encuentre disciplinariamente responsables sobre la base del debido proceso y el respeto de sus derechos fundamentales.

➤ El Régimen Disciplinario en general sirve como un medio racionalizado de obtener de los servidores públicos y en el caso particular de los servidores judiciales comportamientos ajustados a una ética de lo público, en orden a realizar el normal ejercicio de la función pública y por ende la consecución de los fines estatales, que se traduce en bienestar y progreso comunitario.

➤ Existen muchas dificultades para aplicar de un modo apropiado al principio de proporcionalidad, debido a la subjetividad y al grado de dificultad que representa para las personas que son encargadas de tomar este tipo de decisiones. Por esta razón, ha sido un campo pedregoso la aplicación de medidas sancionatorias que ayuden a contribuir al buen funcionamiento de la función judicial.

➤ La falta de reformas a las disposiciones reglamentarias que permitan la incorporación de ciertos pasos dentro del procedimiento administrativo disciplinario aplicado a los funcionarios del Consejo de la Judicatura lo ha transformado en un campo de batalla entre los servidores del sector judicial y la entidad. Pues, por una parte están los derechos fundamentales y legales de los servidores y por otra el deber que tiene la entidad

de aplicar y velar porque las normas del ordenamiento jurídico se cumplan, pues siendo parte del Estado lo mínimo que le corresponde es aplicarlas.

Es necesario, poder contemplar algunas posibles soluciones frente a las situaciones negativas que se han desarrollado en la aplicación del principio de proporcionalidad en la destitución de los servidores públicos, dentro de lo que puedo acotar:

✓ Debería reformarse de manera urgente las disposiciones legales que de cierta forma no sean claras o que puedan ser ambiguas al momento de realizar un procedimiento administrativo en contra de un funcionario judicial, más aun si se trata de destituir a éste. Estas modificaciones en los cuerpos normativos deberían ser realizadas de acuerdo a las exigencias de los principios constitucionales y del derecho internacional, como también frente a la realidad que se presenta de forma cambiante en nuestra sociedad.

✓ Debería crearse dentro del Consejo de la Judicatura una unidad de inspección con mayor capacidad de control y mayores potestades para vigilar que el procedimiento sea llevado conforme a la norma constitucional, para que frente a los casos de indisciplina de los funcionarios no exista inseguridad y criterios subjetivos en la aplicación de medidas sancionatorias tan graves como la destitución.

## BIBLIOGRAFÍA

- Miguel Carbonell, y Pedro Grández Castro [coordinadores]. “*El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*”, Primera edición, Lima, Palestra, 2010.
- Carlos Bernal Pulido, “*El principio de Proporcionalidad y los derechos Fundamentales*”, (Quinta edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Luis Castillo Córdova, “*Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*”, (Lima: Grigley, 2008.
- Cesare Beccaría, “*De los delitos y de las penas*”, (Madrid, traducción Editorial Aguilar, 1982.
- Orlando García Herreros, “*Lecciones de Derecho Administrativo*”, (Segunda edición, Bogotá: Editorial Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- María José Alonso Más, “*La solución justa en las resoluciones administrativas*”, (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, 1998
- Josefa Fernández Nieto, “El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, una visión desde el sistema europeo”. Madrid, (DYKINSON, 2009.
- Robert Alexy, “Derechos sociales y ponderación”, (Primera edición, México D.F, Fontamara S.A, 2010.
- Orlando Becerra Suarez, “El principio de Proporcionalidad”, revista Derecho Constitucional y Ciencia Política, Lima, 2012.
- Josefa, Fernández Nieto, “*El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*”, (Madrid, Dykinson, 2009.
- Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Proceso y Constitución”, (revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México DF., Número 11, 2009.
- Juan Manuel Rodríguez Calero, “*La creación judicial del derecho en la colisión entre derechos fundamentales*”, (Tesis, Universidad de la Laguna, Departamento de Filosofía del Derecho, Lima, 2011.
- Carlos Bernal Pulido, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales” en “*Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*”, (Primera edición, México D.F., UNAM, 2005.

- Luis Prieto Sanchis, “*Apuntes de teoría del Derecho*”, (Primera edición Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- Robert Alexy, “*Teoría de los derechos fundamentales*”, (Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- Robert Alexy, “*Derecho y razón práctica*”, (México D.F., Fontamara,
- María Lourdes Ramírez Torrado, “Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano”. (Bogotá, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010
- Alejandro Nieto García, “*Derecho administrativo sancionador*”, (Cuarta edición, Madrid, Tecnos, 2005.
- Mauricio Oliveros, “Tesis”, (Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010.
- Carlos Ígómez Pavajeau, “Dogmática del Derecho Disciplinario”, (Tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- José Roberto Dromi, “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, (Buenos Aires, Astrea, 1978.
- Juan Alfonso Santamaría Pastor, “*Principios del Derecho Administrativo General*”, (Segunda edición, Madrid, Iustel 2009.
- Armin Von Bogdandy, “El derecho administrativo en el espacio Jurídico Europeo”, (Valencia, Aries Gráficas, 2013.
- Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzán, “La transformación de la Justicia”, (Primera edición, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas), 2009.
- Miguel Schweitzer Walters, *El error de Derecho en Materia Penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1964.
- Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Octava Edición, Buenos Aires, 2006.
- Miguel S. Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III-B, Cuarta Edición.

## **JURISPRUDENCIA**

- Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia No. 024-10-SCN CC
- Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 048-13-SCN-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia No. 024-10-SCN-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 008-13-SCN-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, en la sentencia No. 227-12-SEP-CC.
- Corte Constitucional de Colombia en la sentencia No. C-507/2006
- Corte Constitucional de Colombia en la sentencia No. C-738/2006:
- Corte Constitucional de Colombia en la sentencia No. C-125/2003-69 C.
- Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia No. C-341 de 1996
- Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia No. T-422/1992
- Corte Constitucional de Colombia, en las sentencias No. C-393 de 1996, No. C-728 de 2000; y, No. C-673 de 2001.

## **NORMATIVA**

- Constitución de la República
- Ley Orgánica de Servicio Público
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Código Orgánico Integral Penal
- Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura
- Ley Orgánica de la Función Judicial.